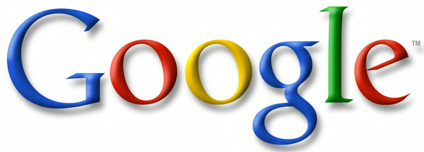
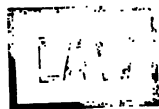
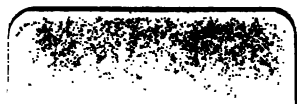



EX LIBRIS W. TEULON
SWAN SONNENSCHEIN





Goudy's copy

HISTOIRE

DE LA

PROCÉDURE CIVILE

CHEZ LES ROMAINS.

BATIGNOLLES-MONCEAUX. — Imprimerie d'Auguste DESREZ, rue Lemercier, 24.

HISTOIRE

DE LA

PROCÉDURE CIVILE

CHEZ LES ROMAINS,

PAR FERDINAND WALTER,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE BONN;

TRADUITE DE L'ALLEMAND

PAR ÉDOUARD LABOULAYE.



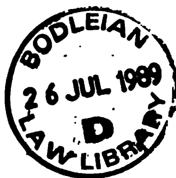
PARIS.

A. DURAND, LIBRAIRE, 3, RUE DES GRÈS. | JOUBERT, LIBRAIRE, 14, RUE DES GRÈS.

BROCKHAUS ET AVENARIUS, 60, RUE RICHELIEU.

LEIPSIG, MÊME MAISON.

M DCCC XLI.



PRÉFACE.

1. Depuis vingt-cinq ans il s'est fait dans l'étude du droit romain une révolution profonde. La science, demeurée comme stationnaire depuis l'école française du seizième siècle, a pris un nouvel essor, grâce à la découverte de textes jusqu'alors ignorés. *La République de* CICÉRON, les *Instituts de* GAIUS, les *Fragmenta Vaticana*, le traité de LYDUS sur *les Magistrats*, les constitutions retrouvées du *Code Théodosien*, tous ces restes précieux de l'antiquité, enfouis sous d'anciennes écritures comme Herculanum sous la cendre, et remis en lumière par le zèle infatigable des MAI, des NIEBUHR, des HASE, des PEYRON, des CLOSSIUS, des VESME, tous ces trésors, dis-je, ont rendu presque inutiles les travaux des jurisconsultes nos devanciers. Des faits inconnus ont été subitement révélés, d'anciennes erreurs traditionnellement reçues se sont évanouies devant ces clartés nouvelles, et par une fortune bien rare, la science vieillie et délaissée s'est montrée tout à coup, comme la fée des anciens contes, jeune, brillante, et par sa beauté et sa richesse sollicitant les adorateurs.

2. Malheureusement ces découvertes n'ont eu longtemps en France qu'un retentissement stérile;

nous avons beaucoup parlé de Cujas et de son école; mais nous avons peu suivi l'exemple de ces excellens modèles; et de ces découvertes faites sans nous (j'excepte le LYDUS), nous n'avons pas même su nous approprier le résultat par des travaux originaux. Cependant ces découvertes intéressaient au plus haut degré les philologues et les jurisconsultes. Mais en France la philologie est une science dédaignée et comme abandonnée à nos voisins d'outre-Rhin, et par une aberration singulière, les quelques fidèles qui lui sont restés, délaissent, comme leur étant étrangère, l'étude de la jurisprudence; aveugles, qui ne voient pas que la langue latine est avant tout une *langue juridique*, dont chaque mot a été frappé d'une empreinte sacramentelle par le préteur ou le jurisconsulte. Songe-t-on bien à ce qu'étaient les Romains et quelle était pendant la paix l'occupation de ces vainqueurs du monde? Théophile nous les dépeint comme les romans du moyen âge nous représentent les héros de la féodalité, c'est-à-dire consacrant aux luttes judiciaires leur indomptable activité, et toute l'antiquité romaine témoigne en faveur de Théophile [1].

Tu regere imperio populos, Romane, memento;
Hæ tibi erunt artes, pacisque imponere morem.

Cette devise du génie romain est aussi celle de la

[1] THÉOPHILE, Inst., I, 6, § 4. Les Romains, qui passaient toute l'année en guerre, quand venait l'hiver et ses empêchemens, déposaient leurs armes et s'occupaient d'affaires; car la paix venue, ils ne pouvaient vivre sans plaider (ἐπειδήπερ ὄντας αὐτοὺς ἐν πολιτείᾳ, οὐκ ἐνῆν ἐκτὸς εἶναι δικῶν).

langue latine; cette langue n'est point, comme celle des Grecs, riche, gracieuse et faite pour la poésie: c'est une langue précise, sévère, faite pour le commandement et la législation. Les plus grands écrivains de Rome, Cicéron, Salluste, Sénèque, Tacite, Pline le jeune, sont avant tout des jurisconsultes dont l'esprit ne sera jamais parfaitement saisi que par des savans familiers avec l'étude de la jurisprudence; ajoutez que le droit offre à la philologie des trésors sans nombre dans l'admirable latinité des jurisconsultes du Digeste, et qu'enfin il est plus d'un point où les deux sciences se confondent et ne se peuvent passer l'une de l'autre, car toutes deux peuvent revendiquer à des titres égaux des grammairiens tels que Varron et Festus, ou des écrivains sans caractère précis, tels que Aulu-Gelle, Symmaque, Cassiodore, Boëce, Lydus et les *auctores rei agrariæ*, mine féconde et peu connue dont Niebuhr a le premier montré toute la richesse.

3. Quant aux jurisconsultes qui pouvaient s'occuper de ces textes nouveaux, hors de l'école il ne s'est rencontré que Jourdan, dont la mort prématurée fut une perte irréparable, car il eût fondé sans nul doute une école française, et aujourd'hui nous ne serions pas réduits à emprunter à nos rivaux la lumière qu'autrefois on venait chercher dans nos Facultés [1]. Dans l'école, il semble qu'en général on

[1] Jourdan a eu, nous le croyons, quelque part dans un résumé fort bien fait de l'histoire de la procédure romaine, résumé qui attestait chez son auteur les plus heureuses dispositions pour l'étude du droit; je veux parler de la thèse soutenue par M. Burnouf *de Re judicata et*

n'ait pas tiré de ces nouvelles découvertes tout le parti désirable. Presque tous les professeurs se sont tenus dans les limites étroites que donne à leur enseignement une loi faite depuis bientôt quarante ans; dans ces textes nouveaux on n'a vu qu'un moyen d'expliquer avec plus de clarté quelques passages des Instituts, et Gaius, mutilé sur ce lit de Procuste, n'a servi qu'à doubler Vinnius; c'est là, certes, un résultat bien faible et d'autant plus fâcheux que la science du professeur s'est trouvée perdue pour les étudians dès que, par un scrupule exagéré de légalité, le professeur, se renfermant dans les Instituts, s'est interdit tout développement historique ou philologique qui eût changé les proportions de ce cadre médiocre. Ainsi, faute d'études chez les uns, faute de méthode chez les autres, le droit romain est resté en France à peu près ce qu'il était il y a vingt ans, c'est-à-dire une science qu'on apprend à son corps défendant, tant qu'on est sur les bancs, et qu'on se hâte d'oublier dès qu'on a quitté l'école; l'enseignement est sans doute plus solide, et le professeur infiniment plus instruit; mais le résultat final n'est guère moins triste qu'autrefois.

4. Que l'Allemagne se soit montrée moins dédaigneuse que la France, personne aujourd'hui ne l'ignore. On sait que le droit romain a été dans ce pays l'objet des plus sérieuses études, des plus

de rei judiciariæ apud Romanos disciplina. Paris, 1824. Il est à regretter pour la jurisprudence que M. Burnouf, comme un autre Leibnitz, ait abandonné cette science dans laquelle il avait si brillamment débuté.

heureux travaux; Hugo, Haubold, Muhlenbruch, Schilling, Schrader, Zimmern, ces noms commencent de nous devenir familiers, et n'était la difficulté d'une langue peu répandue en France, Savigny serait chez nous aussi populaire que le fut naguère cet autre Germain qui régna sans partage dans nos écoles, je veux dire Heinneccius.

En présence des travaux de l'Allemagne, quand la science a été parcourue et fouillée dans toutes les directions, que nous reste-t-il à faire? Irons-nous, fermant les yeux sur des résultats acquis, recommencer à nouveau des études longues et sérieuses au risque de refaire un chemin parcouru, ou bien, par un procédé plus prompt, nous saisirons-nous de l'œuvre allemande pour nous placer d'un coup au point où les travaux de vingt ans ont poussé la science, et de là poursuivre, s'il en est temps encore, ce qui a échappé aux yeux pénétrans de nos rivaux? La première méthode est lente, difficile et de plus incertaine, car tout dépend du mérite et du talent personnel de l'auteur; la seconde est plus sûre, car elle n'exige que la capacité médiocre d'un traducteur. Sans doute il est plus flatteur pour un écrivain de produire une œuvre originale que de se réduire au métier ingrat d'interprète : la gloire est ainsi plus sûrement achetée; mais il ne faut pas penser ici à un misérable amour-propre d'écrivain; cet amour-propre, il faut le sacrifier à l'intérêt de la science, et faire connaître au plus vite le terrain parcouru, pour nous mettre à même d'ouvrir des voies nouvelles.

5. La nécessité de vulgariser en France la science

allemande a été parfaitement sentie par un homme que la profonde connaissance du droit romain mettait plus que tout autre à même de produire une œuvre originale; M. Pellat a fait preuve d'une abnégation du meilleur goût en consentant à se faire le traducteur de Marezoll et de Schilling. Cet exemple nous a semblé le plus sage à suivre dans l'intérêt de la science, et c'est ce qui nous a décidé à laisser de côté des travaux depuis longtemps commencés, pour nous borner à un rôle plus modeste et plus utile. Parmi la foule de *Manuels* et d'*Histoires du Droit* qu'a produits l'Allemagne, notre choix ne pouvait être longtemps incertain; nous devions d'abord écarter tous les ouvrages dogmatiques qui s'occupent principalement du droit romain, tel qu'on le pratique aujourd'hui en Allemagne; le Manuel de MACKELDEY, le Système de THIBAUT, le Manuel des Pandectes de PUCHTA, les Pandectes de M. DE VANGEROW, comme la *Doctrina Pandectarum* de MUHLENBRUCH, et les *Commentarii* de WARNKŒNIG, sont des ouvrages qui, malgré leur mérite, n'ont pour nous autres Français qu'un intérêt secondaire, la pratique tenant le premier rang dans ces livres. Aussi, par leur objet même, ces écrits ne peuvent-ils se promettre chez nous qu'un succès restreint; bons à consulter par des professeurs ou des jurisconsultes achevés, ces ouvrages sont une lecture presque dangereuse pour l'étudiant qui, hors d'état de discerner ce qui dans ces écrits appartient au droit romain pur, ou au droit romain de la pratique actuelle, se laissera facilement égarer par ces douteuses clartés.

6. Les œuvres dogmatiques écartées, nous n'avons plus à choisir qu'entre un petit nombre d'ouvrages purement historiques; HUGO, SCHWEPPE, ZIMMERN, MAREZOLL, REIN ou WALTER, tels étaient les noms qui se présentaient à nous; l'histoire de HUGO, dont il existe une médiocre traduction française, est un livre plein d'aperçus ingénieux, mais ce n'est après tout qu'un manuel destiné à la préparation ou au supplément du cours; partant, c'est un livre qui ne peut pas se soutenir seul, et qui, destitué de la voix puissante du maître, n'est qu'un squelette décharné; SCHWEPPE est déjà ancien, et notamment en ce qui concerne la procédure, il n'a pu profiter des excellentes recherches de BETHMANN-HOLLWEG; ZIMMERN n'est malheureusement pas complet, MAREZOLL est traduit, REIN n'a écrit que pour des philologues; son histoire, destinée à faciliter la lecture des grands auteurs classiques, s'arrête aux premiers siècles de l'empire, et ne s'occupe pas de la plus brillante époque de la jurisprudence romaine. C'est un livre que nous voudrions voir dans les mains de tous nos jeunes philologues, mais qui ne convient pas aussi parfaitement à des jurisconsultes, encore bien que nous regardions comme la condition indispensable d'une bonne éducation juridique de longues et sérieuses études philologiques, études auxquelles on se livre avec ardeur en Allemagne, mais dont en France, et à la Faculté même, on ne paraît pas soupçonner l'importance.

7. Restait l'ouvrage de Walter, et celui-là du moins remplissait toutes les conditions que nous pouvions

exiger. Écrit récemment (la dernière partie date de 1840) par un professeur qui s'est constamment tenu au courant de la science, ce livre, purement historique, sans mélange aucun de droit actuel, nous semble l'œuvre sinon la plus originale, du moins la plus complète qu'on ait publiée sur l'histoire du droit romain.

Walter a ce grand mérite que tout en résumant parfaitement les mille recherches dont le droit romain a été l'objet, il est excessivement sobre de noms de commentateurs, et qu'au lieu de perdre le lecteur dans une foule de citations impossibles à vérifier, il se contente de donner l'indication des textes seuls, de façon que l'étudiant, n'eût-il même qu'une médiocre connaissance du droit romain, peut vérifier sans beaucoup de peine les assertions de l'auteur. En somme, ce livre, écrit avec une bonne foi parfaite, et dans lequel un travail immense se cache sous une grande simplicité, est un digne pendant de ce *Manuel du Droit-canonique*, qui, depuis longtemps, a placé son auteur au meilleur rang parmi les jurisconsultes modernes.

8. Walter a divisé son livre en cinq parties : 1° Histoire de la Constitution; 2° Histoire des Sources du Droit; 3° Histoire du Droit privé; 4° Histoire de la Procédure civile; 5° Histoire du Droit criminel. Toutes ces histoires publiées séparément, à d'assez longs intervalles, n'ont pas toutes le même mérite. L'histoire de la Constitution, déjà parue depuis plusieurs années, est un ouvrage très-estimable. Les derniers temps de l'empire sont vivement touchés:

mais, et surtout dans la première partie, on reconnaît trop l'influence toute-puissante de Niebuhr; certains chapitres ont besoin d'être revus, et l'auteur le sent mieux que personne, si, comme nous croyons le savoir, il s'occupe actuellement de refondre cette première partie de son livre, qui à elle seule peut faire un magnifique ouvrage.

L'Histoire des Sources est étranglée et tient à peine quelques pages; mais l'Histoire du Droit privé, celle de la Procédure civile, et celle du Droit criminel, les derniers morceaux sortis de la plume de l'auteur, sont faits de main de maître et demandent un traducteur. Ce sont ces trois dernières parties, qui forment comme autant d'ouvrages distincts, que nous nous sommes proposé de traduire en premier, réservant pour la fin l'Histoire de la Constitution et celle des Sources, dont nous attendons le prochain remaniement.

9. Dans la traduction d'un ouvrage de ce genre, nous n'avons pas cru devoir nous astreindre à la rigueur d'une interprétation littérale, et nous ne nous sommes fait aucun scrupule d'ajouter certaines réflexions, d'étendre quelques points, d'en resserrer ou d'en déplacer quelques autres, de faire passer quelquefois le texte dans les notes, ou les notes dans le texte. En un mot, nous en avons usé avec la plus grande liberté, pensant qu'en cette affaire l'important était de faire connaître clairement à nos lecteurs, non pas le style de Walter, mais la substance même des idées et des lois romaines. A ce désir d'être clair, nous avons tout sacrifié, nous étant proposé pour

but, non point d'affecter une savante obscurité, mais au contraire d'amener le jeune jurisconsulte, sans effroi, et même avec quelque plaisir, dans ces belles voies de la jurisprudence romaine; nous croirons avoir gagné le prix, si nous l'enhardissons jusqu'à venir à nous, sans trop s'intimider de ces amas de commentaires qui obstruent l'entrée de la science, et à la vue desquels se sentent défaillir les plus fermes courages.

E quanto a dir qual era, e cosa dura,
Questa selva selvaggià, ed aspra, e forte
Che nel pensier rinuova la paura,
Tanto e amara che poco e piu morte [1].

Si le lecteur a le courage de s'aventurer à notre suite, peut-être sera-t-il étonné de voir combien l'histoire est une sûre maîtresse pour l'enseignement de la science, et comme avec un pareil guide la marche devient facile; la procédure civile est la partie la plus obscure et la moins connue de toute la jurisprudence romaine, et cependant nous espérons qu'après une lecture attentive de cet ouvrage, qui n'est pas de bien longue haleine, les plus grandes difficultés seront disparues, et que le lecteur se fera des institutions judiciaires des Romains une idée beaucoup plus nette que s'il se fatiguait à lire les innombrables commentaires écrits sur le quatrième livre des Instituts; c'est qu'en effet les erreurs et l'obscurité des commentaires viennent presque toujours du défaut de notions historiques exactes, et que la lo-

[1] Dante Alig., Cant. I, chap. 1, v. 4-7.

gique la plus rigoureuse est impuissante à trouver un principe de droit positif qu'un passage de Cicéron ou un fragment de Gaius révèleront sans peine au lecteur le moins attentif.

10. Il est encore une modification que nous avons faite au livre de Walter, et dont, nous l'espérons, on ne nous saura pas mauvais gré. Walter ne fait qu'indiquer le texte des lois ou des auteurs classiques qu'il cite à l'appui de ses opinions; nous avons mis au bas des pages les textes entiers pour que le lecteur jugeât, pièces en main, le mérite et la vérité des idées de l'auteur. L'usage de renvoyer au Code ou au Digeste pour la vérification des textes allégués va directement contre son but, qui est de faire travailler l'étudiant; il est impossible qu'au bout d'un temps fort court, le lecteur le plus courageux ne soit fatigué de ces recherches longues et difficiles; et alors, ou il abandonne une étude pénible, ou, ce qui est aussi mauvais, il croit son maître sur parole et renonce à toute recherche. Que si, au contraire, vous lui facilitez le travail en lui mettant sous les yeux les preuves les plus importantes; si vous l'initiez du premier coup aux mystères d'une science qui roule sur un nombre de textes plus limité qu'on ne pense, vous l'intéresserez peu à peu à la lecture de ces anciens monumens; il prendra goût à la langue d'Ulpien comme à celle de Cicéron; il s'habituera au style de Dioclétien comme à la phrase pompeuse des Novelles, et quand il abordera le Digeste même ou le Code, il retrouvera, à chaque pas, d'anciens souvenirs qui lui rendront plus légers les ennuis de la route. D'ailleurs on n'é-

crit pas toujours pour les seuls étudians; les savans, autres que les jurisconsultes, et même les gens du monde qui ne sont savans ni par goût ni par état, peuvent désirer connaître au moins superficiellement les mystères de la jurisprudence romaine. Pourquoi ne pas leur présenter sous un format commode et à peu de frais ce que le droit romain a de plus précieux comme histoire, comme morale, comme littérature? Il me semble que dès qu'on soumet un livre au public, toute la peine doit être pour l'auteur, tout le plaisir pour le lecteur; mais dans la plupart des livres de jurisprudence, c'est le contraire qui a lieu, et il semble à voir citer en guise de preuves toutes ces indications abrégées des lois romaines, qui semblent autant de mots degrimoire, que l'auteur se fasse un malin plaisir de défier la bonne volonté de ses lecteurs en la fatiguant à outrance par une suite d'énigmes indéchiffrables. A la vue de ces signes bizarres on pense involontairement à l'Intimé, ce modèle parfait en l'art des citations.

La loi *si quis canis*, DIGESTE
De vi, *paragrapho*, Messieurs, *caponibus*
Est manifestement contraire à cet abus.

RÉFLEXIONS PRÉLIMINAIRES[1].

CARACTÈRE POLITIQUE DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES DE ROME.

I. Chez les Romains la procédure civile a parcouru trois phases distinctes. D'abord régnèrent les actions de loi, *legis actiones*, système de formes sacramentelles introduit par le génie mystérieux des patriciens et qui dura, comme l'aristocratie, jusque vers la fin de la république. Les *legis actiones* furent alors remplacées par le système des formules, soit que la révolution fût complète, ainsi que l'ont pensé quelques modernes, et que la formule eût été imaginée pour remplacer la *legis actio*, soit plutôt (et cette opinion, plus conforme au génie romain, a pour elle tout ce qui nous reste de Cicéron), soit plutôt que la formule eût existé de tout temps comme partie intégrante de la *legis actio*, et que la réforme se bornât à débarrasser la procédure d'entraves mystérieuses désormais sans valeur politique. Ce système formulaire fut celui des beaux jours de la jurisprudence romaine, celui qui parvint au plus parfait et au plus ingénieux développement, celui enfin sur lequel, depuis la découverte de Gaius, nous possédons les plus curieux documens. Cette procédure est la clef du droit romain, et sans une connaissance approfondie de l'institution, il est impossible de pénétrer avant dans les secrets de la science romaine.

[1] Ce chapitre est du traducteur.

II. Le caractère commun des *legis actiones* et des *formulæ*, caractère qui distingue de façon tranchée l'ancienne organisation romaine de tous les systèmes judiciaires modernes, c'est que la procédure s'y divisait en deux parties distinctes : procédure devant le magistrat, qui engage l'instance et fixe le point de droit, puis procédure devant le juge, qui examine le point de fait en litige, applique le droit au fait et prononce jugement, l'exécution faisant retour au magistrat. Ainsi il y a une double instance, l'une devant le préteur, *in jure*, l'autre devant le juge, *in judicio*, et le magistrat et le juge ont chacun un rôle différent à jouer dans la procédure : l'un est juge du droit, l'autre est juge du fait. Du reste, cette distinction ne doit pas être prise dans un sens trop absolu ; le juge, comme nos jurés, décidait quelquefois une question de droit quand cette question était inséparable de la question de fait[1], et séparer le droit du fait était moins le but des Romains que de séparer le droit de son application. C'est aussi le but politique de notre jury : chez nous c'est un citoyen et non le magistrat qui doit décider de la vie et de la liberté du citoyen. Chez les Romains, plus inquiets que nous de la puissance du magistrat, ce ne devait pas être le préteur qui touchât aux intérêts privés du citoyen, ce devait être un *arbiter* ou un *judex* librement élu par les parties.

III. La procédure formulaire dura jusqu'au règne de Dioclétien ; mais déjà depuis longtemps, à côté de ce système régulier, s'était introduite exceptionnellement une nouvelle manière de procéder devant le magistrat seul, sans ministère de juge et par conséquent sans employer de formules. De cet usage exceptionnel ou, comme on disait, de ce *judicium extraordinarium*, Dioclétien fit la loi générale, qui dès lors régna sans partage jusqu'à la fin de l'empire. C'est ce dernier système qui, modifié par le droit canonique et féodal,

[1] Cic., *pro Quint.*, c. 20.

a donné naissance à celui qui règne aujourd'hui dans presque tous les tribunaux d'Europe, et à ce titre il mérite de notre part une attention sérieuse.

Du reste, et ce caractère du génie romain reparaît en toutes leurs institutions, ce ne fut point brusquement et à la façon des codes modernes que ces systèmes s'entre-succédèrent. La réforme fut la consécration légale d'usages établis jour à jour et par le progrès du temps d'exceptionnels devenus généraux. Au travers de ces changemens successifs on ne peut méconnaître en effet l'influence des *legis actiones* sur la procédure formulaire, et l'on rencontre plus d'un souvenir des anciens *judicia ordinaria* dans la forme nouvelle qui les remplaça.

IV. Le caractère scientifique de ces révolutions de la procédure romaine a été fort bien saisi par les savans qui dans ce siècle se sont occupés de cette intéressante question, et il y a peu de chose à faire après les travaux de Zimmern d'Heffter et de Muhlenbruch ; mais il reste à déterminer le caractère politique de ces institutions, et sur ce point le livre de Bethmann-Hollweg[1], quelque remarquable qu'il soit, n'a point donné le dernier mot. Essayons de tracer un imparfait crayon de ce grand tableau ; aussi bien les grands principes d'équité de la jurisprudence romaine étant passés depuis longtemps dans les législations modernes et devenus comme le fond commun de nos codes, l'aspect politique de la législation romaine est certainement aujourd'hui le côté le plus curieux de ce grand monument et, j'ose le dire, le plus immédiatement utile. Quoique jusqu'à ce jour l'organisation de nos tribunaux n'ait donné lieu qu'à un petit nombre de plaintes et que l'institution soit généralement acceptée, néanmoins et sans une grande clairvoyance, il est aisé de prédire qu'avant un temps peu éloigné, la démocratie, maîtresse du principe de notre gouvernement, réalisera dans les

[1] *Gerichts verfassung und Prozess des sinckenden Ræmischen Reichs*, Bonn, 1834.

institutions secondaires un triomphe désormais incontesté dans les régions supérieures. Au premier rang parmi ces institutions se rencontre l'organisation judiciaire, car nulle n'intéresse à un plus haut degré la liberté politique, et l'on se demandera certainement si, telle qu'elle est aujourd'hui, cette organisation s'accorde parfaitement avec le principe nouveau de la constitution. Alors se réveilleront des questions remuées jadis par nos pères dans les premiers jours de la Constituante, questions qui, pour être restées quarante ans sous la cendre, ne se sont pas éteintes et qui se ranimeront avec une ardeur et une vivacité plus grandes que jamais. Infailliblement on se demandera si ce grand corps de la magistrature, permanent, irresponsable, et qui se recrute, à la façon des aristocraties, parmi un petit nombre de familles privilégiées, sans garantie de capacité ni de travail, ne peut pas être dans un pays libre une gêne pour le gouvernement, un danger pour les citoyens. On se demandera si dans un pays libre le citoyen ne doit pas avoir une part à la nomination du juge civil, soit par une élection générale, comme est celle des juges commerciaux, soit par un droit spécial de récusation accordé à la partie intéressée, comme cela a lieu dans le jugement par jurés, et alors on débattra nécessairement l'institution d'un jury civil. Il est encore une question qui appellera les réflexions les plus sérieuses : l'appel est-il l'élément nécessaire d'une bonne justice, ou n'est-ce pas au contraire une institution d'origine féodale, qui ne se soutient comme tant d'autres que par l'empire de la coutume ? L'appel, supprimé sans inconvénient dans les procès criminels et dans les procès de la presse, là où, ce semble, il serait nécessaire, puisque ce n'est point de trop de discuter à deux fois des questions où la liberté et la vie même sont en jeu, l'appel sera-t-il maintenu dans les procès civils, où son utilité est douteuse et son danger certain? N'est-ce pas une voie judiciaire qui éternise les procès et frappe les tribunaux inférieurs d'un discrédit fatal ? Et n'introduit-elle pas la

hiérarchie là où elle ne devrait jamais exister? Si l'on veut que le magistrat soit respecté, il faut que sa sentence soit infaillible; c'est une vérité parfaitement comprise autrefois par les Romains, de nos jours par les Anglais et les Américains.

Quelle que soit la solution, ces questions et d'autres encore seront prochainement soulevées, et si nous demandons alors à l'histoire des leçons, des conseils, une décision peut-être, Rome nous présentera le plus excellent modèle d'un pays libre, où le pouvoir judiciaire, organisé conformément au principe de la constitution, a atteint son plus parfait développement. Nous aurions mauvaise grâce à rejeter cet enseignement, car si l'imitation servile de l'antiquité a amené en politique des résultats absurdes ou désastreux, l'expérience des générations passées ne doit cependant pas être perdue pour nous, et pour ma part je suis convaincu qu'une observation patiente de l'antiquité, faite du point de vue tout nouveau où nous place notre condition politique et sociale, est l'étude la plus profitable que puisse faire tout homme que préoccupent les destinées du pays. Pour éclairer l'avenir, je ne sais pas de meilleur flambeau que le passé.

V. A Rome, les rois d'abord, puis après les rois, les consuls, puis enfin les préteurs eurent en partage l'administration de la justice; mais encore bien que le préteur eût la principale charge de la juridiction, néanmoins les autres magistrats, tels que les consuls, les censeurs, les édiles, avaient également dans leurs attributions le droit de rendre la justice en certains cas déterminés. C'est qu'à Rome on ne distinguait pas, comme on fait chez les modernes, le pouvoir judiciaire du pouvoir administratif, et tout au contraire les Romains faisaient de la juridiction un attribut de la puissance administrative. Cette confusion de pouvoirs s'explique aisément dans une démocratie; dans cette forme de gouvernement, point d'hiérarchie, point de subordination; chaque magistrat est indépendant et souverain dans ses fonctions,

sauf sa responsabilité devant le peuple. Établir un pouvoir judiciaire distinct du pouvoir administratif est une idée moderne et d'une application fort délicate, l'un de ces pouvoirs prenant nécessairement le dessus en certains points ; à Rome républicaine on n'eut jamais une telle pensée. Deux pouvoirs subordonnés eussent été considérés comme un danger pour la constitution dans une république où toute hiérarchie de pouvoirs était regardée comme un degré vers le pouvoir d'un seul.

VI. A l'origine, ces premiers magistrats terminaient probablement par eux-mêmes le différend porté devant eux sans renvoyer à un *judex* l'examen de l'affaire. Cicéron semble le dire ainsi, et Denys nous affirme que Servius fut le premier qui institua des *judices* pour les affaires civiles[1]. Mais sous la république il en fut autrement, et il faut avant tout se faire une nette idée de ce qu'était le magistrat romain. Le magistrat n'était point un juge ; il ne touchait point directement aux intérêts privés, c'était l'administrateur et le dispensateur de la justice. Devant lui comparaissaient les parties pour se choisir librement un juge et pour obtenir une *formula* qui fût pour ce juge une règle de conduite ; le magistrat consacrait le choix des parties et leur octroyait la formule ; mais là se bornaient ses fonctions, là finissait la procédure *in jure*, et l'instance nouvelle qui allait s'ouvrir, le *judicium*, n'était plus de son ressort. Dans cette sphère, le juge, sauf l'observation de la formule, était indépendant du magistrat[2], car son pouvoir, le juge le tenait plutôt du libre choix des parties que de la consécration du préteur ; et son rôle était moins celui d'un officier public que celui d'un arbitre.

[1] Cic., *Rep.*, v. 2. Denys, IV, 25.

[2] Cic., *pro Quint.*, c. 9. Illud etiam restiterat, quod hesterno die fecerunt ut te (*Aquilius le juge*) in jus adducerent, ut nobis quamdiu diceremus, præstitueres, quam rem facile a prætore impetrassent nisi tu quod esset tuum jus et officium, partesque docuisses.

VII. Ce privilége de la liberté romaine, de n'être jugé que par un *judex* librement élu par les parties, était aussi ancien que la république, et il resta le caractère principal de l'organisation judiciaire longtemps après que la république eut cessé d'exister. En un seul cas la loi remettait la décision à un véritable tribunal, c'était lorsque la propriété quiritaire, et par conséquent l'intérêt de l'État, était en jeu; c'étaient alors les centumvirs qui jugeaient; mais ce tribunal offrait la plus sûre garantie d'indépendance, car les centumvirs étaient nommés par les tribus.

Le juge ayant le caractère d'un arbitre, il n'y avait point d'appel de sa décision. Il n'y avait point non plus d'appel du magistrat, car le magistrat n'avait point de supérieur. Cette mesure, qui nous est si familière, était tout à fait étrangère aux Romains, et il ne faudrait pas confondre avec l'appel le *veto* par lequel un collègue du magistrat paralysait immédiatement l'instance introduite; ce pouvoir rival empêchait la procédure, mais ne la réformait pas, car le tribun et le consul n'étaient point hiérarchiquement des magistrats supérieurs au préteur de Rome; et le préteur avait également le droit de paralyser par son *veto* les décisions du consul. L'appel n'est possible que dans une forme de gouvernement où existe la hiérarchie des pouvoirs publics; alors l'instance se porte du magistrat inférieur au magistrat supérieur, et en dernier ressort au souverain; mais à Rome républicaine, tout magistrat étant un délégué immédiat du peuple souverain, se trouvait en vertu de cette délégation souverain dans ses attributions et indépendant dans son action. Chose remarquable, c'est dans une république que les pouvoirs publics sont les plus absolus et les plus durs, parce qu'ils agissent directement sur les administrés, sans qu'aucun rouage intermédiaire adoucisse leur énergique action; le contre-poids de cette toute-puissance, c'est la courte durée des magistratures, l'indépendance et le *veto* des collègues, et enfin une énorme et facile responsabilité.

VIII. On peut considérer ce système d'organisation judiciaire sous le double point de vue politique et pratique.

Sous le premier point de vue, il est facile d'en saisir tous les avantages. Simplicité et économie des voies judiciaires; bonne et prompte administration de la justice; le magistrat mis hors d'état d'abuser de sa puissance, puisqu'il n'agit pas directement sur les intérêts privés; le *judex* respecté par les parties qui l'ont élu, et par sa position indépendante mis à l'abri des influences qui circonviennent quelquefois un juge nommé par le gouvernement, placé par l'ambition sous la dépendance du maître, et dont l'obéissance aux caprices du pouvoir ou de l'opinion peut faire la fortune.

Les Romains avaient si bien compris l'importance politique des fonctions de juge, qu'ils ne mettaient qu'au second rang la capacité scientifique. Rien de plus ordinaire qu'un *judex* homme du monde, étranger par son genre de vie aux débats judiciaires, et s'entourant, pour se décider, de conseils pris parmi les plus savans jurisconsultes[1], ce qui, à une époque où cette importance politique ne pouvait plus être comprise[2], faisait dire à Ammien Marcellin que les Barbares ne pouvaient assez se moquer de la coutume romaine, *quæ interdum facundos, jurisque publici peritissimos, post indoctorum collocat terga*[3].

IX. Les Romains ne s'étaient pas contentés de la garantie qu'offrait aux citoyens le jugement d'un homme librement

[1] Ovide, par exemple, fut *centumvir* et *judex*.

Nec male commissa est nobis fortuna reorum,
Lisque decem decies inspicienda viris.
Res quoque privatas statui sine crimine judex.

Trist., II, 92 et *sq.*

[2] Dans le procès de Quintius, Aquilius Gallus, le judex, a pris pour conseils trois jurisconsultes, M. Marcellus, P. Quintilius et L. Lucullus. — PLINE, *Ep.*, I, 20. Frequenter egi, frequenter judicavi, frequenter in consilio fui.

[3] AM. MARC., XXIII, *in fin.*

élu, indépendant par position, et qui cependant ne pouvait se considérer comme supérieur aux citoyens qui se présentaient devant lui, puisqu'il pouvait le lendemain être partie devant ceux qu'il jugeait aujourd'hui; la législation avait limité de la façon la plus ingénieuse le pouvoir même du juge, pour qu'il lui fût à peu près impossible d'abuser de sa puissance d'un jour. La formule posait au *judex* les questions une par une, et il devait répondre en quelque façon, comme chez nous les jurés, par un OUI ou par un NON. De ces questions, les parties avaient soigneusement débattu les termes devant le préteur; et tout ce qui pouvait aider, différer ou même paralyser l'action se trouvait compris dans cette instruction qui saisissait le juge d'un pouvoir exactement limité [1]. En outre, suivant le caractère de l'action, caractère défini par l'édit même, il était ordonné ou défendu au *judex* d'avoir égard à des considérations d'équité. Ainsi, les Romains avaient été beaucoup plus loin que nous dans la limitation de l'arbitraire du juge, limitation d'autant plus nécessaire que l'appel n'existait pas chez eux. Restreindre la puissance du juge sans détruire la liberté d'opinion nécessaire, c'est là une des tâches les plus difficiles que se puisse proposer un législateur, et si l'on veut examiner de près la construction des formules romaines, on s'apercevra bientôt qu'en aucun pays on n'a plus ingénieusement abordé cette question délicate.

X. Enfin, et ce point est remarquable, la propriété était chez les Romains une chose si sainte, un droit si sacré, que le jugement d'un particulier qui pouvait ruiner un citoyen ne pouvait le déposséder. Toute condamnation prononcée par un *judex* était pécuniaire, quel que fût l'objet de la demande; et c'était en ne laissant au défendeur d'autre alternative que la restitution volontaire de la chose ou le paiement d'une somme exagérée à dessein, qu'on arrivait

[1] L. 18, D., *Comm. divid.*, X, 3.

dans les demandes réelles au résultat désiré. Ainsi, le citoyen se jugeait et s'exécutait pour ainsi dire de lui-même, sans que la main du pouvoir apparût au milieu de ces intérêts privés, souvent plus puissans sur les hommes que les principes.

Si le défendeur ainsi condamné refusait d'obéir, alors commençait la procédure d'exécution ; mais là se retrouve ce même esprit jaloux de la démocratie romaine qui est le véritable esprit de liberté. Le magistrat assiste à l'exécution, mais ni lui ni ses officiers ne mettent la main sur la personne ou sur les biens du citoyen. C'est le demandeur qui exécute lui-même; c'est lui qui saisit la personne du débiteur insolvable, sans que le magistrat sorte de son rôle passif ; et si plus tard le préteur introduit une exécution directe sur les biens, c'est bien plutôt dans l'intérêt du débiteur que dans celui du créancier.

XI. Tels étaient les avantages politiques de ce système ; les avantages pratiques n'étaient pas moindres. Le magistrat n'avait point à s'embarrasser de ces mille questions de fait et de détail qui obscurcissent pour les meilleurs yeux la vue des véritables principes, c'était là le métier du *judex ;* le rôle du préteur était plus élevé, le magistrat était presqu'un législateur. A lui, de s'élever au-dessus de la sphère des intérêts particuliers pour embrasser les questions générales. A lui de tenir toujours la législation au niveau des besoins du jour.

On n'a point assez réfléchi à ce qu'était l'édit du préteur et à l'influence que la procédure exerçait sur le droit civil. Chez les peuples modernes, hormis les Anglais, les lois civiles sont directement modifiées ; chez les Romains, c'était indirectement et par la procédure qu'on modifiait le droit civil ; la forme finissait par emporter le fond, et ce n'était pas une exagération, mais la simple expression d'un fait, quand les jurisconsultes nommaient le préteur l'interprète et la vive voix du droit civil.

Cette modification si lente et si pénible de la législation, ces droits reconnus par le *jus civile*, mais inertes et sans valeur, parce que le préteur refuse de leur donner la vie juridique; toute cette complication de formalités qui nous sont étrangères., ont fait considérer la procédure romaine comme une institution vieillie et dont l'étude ne peut être d'aucune utilité. Il n'est cependant pas sans intérêt de considérer la manière dont les Romains envisageaient le développement des institutions civiles. La différence tranchée qui se montre entre leur doctrine et la nôtre agrandira certainement les idées un peu étroites que nous nous faisons sur la nécessité absolue de la codification. Nous verrons, par l'exemple des Romains, que l'intervention du législateur n'est pas toujours aussi indispensable qu'on le suppose, et que le droit civil peut souvent naître et se développer en dehors d'une protection quelquefois dangereuse.

XII. L'amélioration des lois civiles est une des grandes difficultés de notre époque, nous en voyons l'exemple par le Code, législation remarquable, mais qui demande aujourd'hui certaines modifications devant lesquelles chacun recule, comme si une peine inconnue devait sécher la main téméraire qui osera toucher l'Arche sainte. Le grave inconvénient des Codes, c'est qu'une fois ces grands monumens établis, on ajourne par un pieux respect les modifications jusqu'au moment où elles deviennent inévitables, et qu'alors on réforme la législation tout entière par un à-coup terrible qui bouleverse toute la jurisprudence ; il faut ensuite de longues années pour que cette jurisprudence s'asseye solidement, et quand elle commence de s'assurer, des réformes nouvelles se présentent, qu'on écarte avec terreur pour ne point se rejeter dans les innovations; les Romains avaient paré à cet inconvénient, leur législation civile se modifiait progressivement, pièce à pièce, et à mesure seulement que le besoin se faisait sentir. Le changement était pour ainsi

dire insensible, jusqu'à ce que, plusieurs années écoulées, on s'aperçût de la marche qu'on avait faite par l'éloignement du point de départ. Tout le mouvement législatif se faisait par l'édit que le préteur établissait à son entrée en charge; c'était pour ainsi dire le code de l'année. Je n'ai pas besoin de dire que l'édit n'établissait point chaque année une législation nouvelle; une pareille instabilité est aussi contraire à l'esprit d'une république qu'à celui d'une monarchie, et jamais législation ne fut plus constante et moins sujette à des variations de principes que la législation romaine; au contraire, il y avait un fonds commun de législation qui, emprunté des édits anciens, faisait la plus grande part de l'édit nouveau [1]; mais en même temps le préteur s'occupait d'introduire des formes nouvelles pour régulariser, en leur donnant la vie juridique, des usages devenus généraux et méritant à ce titre la consécration de la loi, d'écarter des rigueurs qui n'étaient plus dans les mœurs et qui s'opposaient à ce développement considérable que Rome devait prendre en peu de temps. Et ces réformes progressives, le préteur les introduisait de la façon la plus régulière, en s'attaquant seulement aux procédures, la partie du droit civil qui peut le plus facilement varier sans troubler la jurisprudence. C'était en accordant des exceptions (*exceptiones, præscriptiones*), qui paralysaient l'action rigoureuse (*iniqua*) du *jus civile*, en admettant l'existence de circonstances qui n'avaient point existé (*fictiones*), pour mettre l'une des parties dans la position et les conditions voulues par le *jus civile*, alors que ces conditions n'existaient pas, en un mot, c'était par des moyens de procédure, qui tournaient le droit civil sans le contrarier directement, qu'on introduisait la vie dans cette législation en apparence immobile. Du reste, et ceci est bien remarquable, le droit civil se trouvait ainsi placé en dehors des orages de la vie publique; les discussions des comices ou du sénat ne menaçaient point de bouleverser les

[1] Cic., *ad Att.*, VI, 1.

intérêts privés pour satisfaire de misérables intérêts de parti; et au milieu d'une république agitée et changeante, l'édit, se prêtant à toutes les variations des mœurs et du gouvernement, tint toujours, sans secousse, sans ébranlement, le droit civil au niveau du droit politique.

XIII. Cette organisation dut nécessairement changer au renversement de la république; quand, suivant la belle expression de Gunther, l'empire devint la maison d'Auguste, et l'administration de l'État, celle d'un patrimoine, il fallut bien qu'Octave, seul saisi du souverain pouvoir, devînt aussi souverain juge. Reste seulement à dire à quel nom, sous quelle forme le fourbe s'attribua ce droit. On sait qu'Auguste s'empara de la souveraineté, non point violemment et en dictateur, comme César, mais en politique consommé, sans vouloir ni titre ni fonctions jusqu'alors inconnues, ni rien de ce qui pouvait sentir la tyrannie. Son seul moyen fut de réunir dans ses mains avares les diverses magistratures de la république, et dès lors il fut le maître absolu. Dans les républiques, en effet, il n'y a point de pouvoirs intermédiaires; partant, il n'y a point, comme dans les monarchies, de transition d'une extrême liberté à une extrême servitude. Les différentes magistratures de Rome, toutes souveraines, toutes indépendantes, se contre-balancaient par cette mutuelle souveraineté; mais quand Auguste les eut toutes réunies sans contre-poids, sans responsabilité, tout fut perdu avec l'apparence de la liberté, tout alla au despote, impérator, tribun, consul, princeps, censeur, maître de l'armée, du sénat, des provinces et du trésor. La puissance tribunitienne lui donna le suprême pouvoir judiciaire. Ce vieux nom de tribun servit, sous le masque de liberté et de défense des droits populaires, à l'introduction d'une puissance nouvelle et absolue. L'empereur eut, comme les tribuns, le droit d'intercéder, c'est-à-dire d'arrêter le cours de la justice; mais ce droit ne fut plus limité à un mille autour de la ville, et (en ce point surtout fut la révolution) l'empereur eut le

droit de substituer un nouveau jugement au jugement attaqué. Pour les provinces, la puissance proconsulaire fut à l'empereur le titre de souveraine juridiction, en vertu de laquelle il reçut les appels.

Ainsi s'établit en la personne de l'empereur un tribunal suprême, et ce ne fut pas seulement par des appels, devenus une voie de droit ordinaire, mais encore par des rescrits rendus dans le cabinet sur les requêtes des parties ou les référés des magistrats, que l'empereur exerça une influence régulière sur l'administration de la justice.

XIV. Du reste, à part cette révolution politique qui dépouilla les magistratures républicaines de leur indépendance et les jeta sous la puissance supérieure de l'empereur, il n'y eut point en apparence de changemens essentiels. Les formes républicaines persistèrent longtemps sous l'empire, et avec ces formes, sinon la liberté politique, du moins la liberté civile. A Rome, par exemple, l'instance civile continua de s'engager devant le préteur, et la *judicis datio*, non-seulement se maintint, mais elle s'organisa même d'une manière plus complète et, sous le point de vue pratique, plus satisfaisante. Mais elle perdit son caractère politique, et ce fut sur une liste spéciale et à la disposition du pouvoir qu'il fallut prendre le *judex*. L'importance politique de la préture s'affaiblit également par la multiplication des magistrats et la fixation plus étroite de leurs attributions.

Peu à peu l'esprit nouveau se fit jour dans l'organisation des magistratures, et à côté des préteurs et des consuls on vit s'élever des officiers impériaux, dont la puissance étouffa la préture et le consulat. Ces officiers furent le préfet de la ville et le préfet du prétoire. Le préfet de la ville fut, dès sa création, chargé de recevoir les appels [1]; ce fut lui également qui, chargé de la police de la ville, comme autrefois les édiles,

[1] SUET., *Oct.*, 37, l. 1, § 4. D. *de Off. Præf. urb.*, 1, 12.

reçut les plaintes des patrons contre leurs affranchis, des esclaves contre leurs maîtres, donna les interdits quand il y avait voie de fait, et surveilla les argentiers, les marchés, les corporations[1].

Quant au préfet du prétoire, sa place n'avait point été créée dans un but de justice ni d'administration. Auguste, suivant son système de chercher en dehors de l'aristocratie romaine des appuis pour la forme nouvelle de son gouvernement, avait choisi deux chevaliers pour chefs des prétoriens et de tous les soldats de l'Italie; Séjan agrandit cette puissance dans des vues d'ambition personnelle. Un seul chef commanda, non plus seulement les troupes du palais, mais toutes les armées avec le titre de préfet du prétoire. Cette dignité, encore unique sous Claude, fut ensuite partagée. C'était, comme la préfecture de la ville, une magistrature perpétuelle, révocable néanmoins au gré de l'empereur. Cet office, d'abord purement militaire, grandit si rapidemeut, qu'à l'époque d'Alexandre Sévère, le préfet était après l'empereur le premier personnage de l'État, Ἀρχὴ δεύτερα μετὰ τὰ σκήπτρα, dit Zozime; il avait alors la juridiction criminelle et la pleine juridiction civile. C'était un maire du palais, héritier toujours prêt de ces empereurs qui disparaissaient si promptement du trône.

L'agrandissement des préfets du prétoire ruina rapidement l'importance des magistratures républicaines; il y avait dix-huit préteurs sous le règne d'Alexandre Sévère[2]; il n'y en avait plus que trois sous le règne de Valentinien[3]; encore toutes leurs fonctions se réduisaient-elles à la direction des jeux. Ils étaient obligés de contribuer pour une part considérable à ces spectacles dont le luxe augmentait tous les jours, si bien que dans les derniers temps nommer quelqu'un préteur, c'était le ruiner[4].

[1] L. 2. D., *ibid.*
[2] L. 2, § 32, *de O. J.*
[3] L. 2. C., *de Off. præt.*
[4] Boeth., *Consol. phil.*, III, 4.

XV. Le changement fut plus considérable encore dans les municipalités d'Italie que dans le reste de l'empire. Ces municipalités vigoureuses, qui, dans les guerres sociales, vaincues en apparence, avaient fini cependant par triompher de la métropole, étaient trop puissantes pour ne pas porter ombrage au despotisme. Il fallait d'ailleurs niveler l'empire pour confondre tous les habitans dans l'égalité de la servitude, et le grand moyen pour parvenir à ce but, c'était d'empêcher la libre administration de la justice, dernière mais toute-puissante garantie.

Cette révolution, préparée par Tibère, ce fut Adrien qui l'acheva quand il remit l'administration de l'Italie à quatre consulaires; dès lors, en ce qui concerne l'administration de la justice, la distinction de l'Italie et des provinces ne fut plus que nominale. Chacun de ces *consulares* ayant, comme le gouverneur dans sa province, pleine juridiction, la juridiction illimitée du magistrat municipal fut contrainte de s'effacer devant cette puissance nouvelle. La compétence de ces magistrats municipaux fut singulièrement réduite, l'*imperium* leur fut enlevé, et dans ces limites étroites leurs jugemens furent encore soumis à l'appel du préteur de Rome ou du *juridicus*, qui avait remplacé le consulaire.

Dans les provinces où il n'y avait point de liberté politique à détruire, le changement le plus sensible fut l'introduction de l'appel, qui fut sans doute un bienfait pour les provinciaux. Ainsi dans tout l'empire s'établit ce système de centralisation et de subordination de pouvoir qui devait aboutir à la monarchie despotique de Dioclétien. La hiérarchie de l'appel centralisa la justice, comme la hiérarchie des magistrats avait centralisé l'administration.

XVI. Les officiers impériaux apportèrent dans l'administration de la justice un esprit nouveau qui n'était pas, on le pense bien, celui de la république; le vieil esprit romain était débordé à la fois et par le nouvel esprit du gouvernement et par l'influence immense des provinces et

surtout du monde oriental; tous ces empereurs, dont quelques-uns ne mirent pas même le pied à Rome, étrangers aux idées romaines, bouleversèrent par leurs rescrits une législation qu'ils ne comprenaient plus; l'administration de la justice eut le contre-coup de ces changemens. La *judicis datio* s'était maintenue lors de l'établissement de l'empire, car, hormis l'indépendance du préteur, rien n'avait été changé dans l'organisation judiciaire. D'ailleurs il eût été impossible de toucher à cette institution sans tout renverser; comment un aussi petit nombre de préteurs et de gouverneurs de provinces auraient-ils pu, sans le secours de *judices*, répondre à toutes les demandes de leurs nombreux administrés?

Mais, en perdant son caractère politique, cette institution s'altéra rapidement; le *judex* n'étant plus qu'un officier judiciaire subalterne, dont la nomination allongeait les procédures, le magistrat connut directement (*extra ordinem*) du litige toutes les fois qu'on voulut une solution rapide ou que la nature de l'affaire fit désirer que le magistrat se chargeât de la décision. La compétence directe du magistrat s'accrut ainsi de jour en jour au préjudice du *judex*, jusqu'à ce qu'enfin Dioclétien abolit l'ancien système, déjà presque anéanti [1].

XVII. Ce changement fut l'effet inévitable de la révolution qui avait changé la face de l'État. Cette institution, seule demeurée debout des formes républicaines, n'était plus compatible avec l'esprit du gouvernement despotique, qui remettait tous les pouvoirs entre les mains des officiers de l'empereur. D'autre part, avec la chute des institutions libérales, surtout avec la ruine de l'administration municipale, s'était évanoui cet esprit civique sans lequel un juge privé est plus dangereux qu'un juge choisi par le pouvoir, car avec la même dépendance il a de moins cette capacité et

[1] L. 1, C., *de Pedan. jud.*, III, 3.

cet esprit de suite que donne l'exercice d'une fonction publique. Ce qui dans un pays libre fait paraître la fonction de juge un honneur et rend capable de la remplir, c'est l'habitude de la vie publique et le désir de mériter l'estime de ses concitoyens, qui ont les yeux sur vous; mais ôtez ce noble stimulant, la fonction de juge n'est plus qu'une charge lourde et sans compensation. Aussi nul doute qu'aux derniers temps de l'empire on ne cherchât à fuir ce fardeau pénible et que la fonction ne fût si mal remplie par ceux qu'on y obligeait que ce fut certainement un bienfait pour les justiciables lorsque vers la fin du troisième siècle un décret de Dioclétien transféra aux officiers impériaux les fonctions du juge. D'ailleurs on pouvait alors se passer de *judex* : la séparation du pouvoir militaire et du pouvoir administratif, la division des provinces, la multiplication des officiers, l'établissement dans les cités de juges spéciaux pour une foule d'affaires peu importantes, l'augmentation des officiers de justice subalternes, mille changemens, avaient rendu possible de remettre les fonctions de juge à ces magistrats nouveaux, qui ne ressemblaient plus même de nom aux magistrats d'autrefois.

XVIII. Du reste, ce n'est jamais impunément que la liberté se retire d'un empire. Quand la justice fut enfermée dans le cabinet étroit du magistrat et qu'un rideau vint même souvent soustraire le juge aux yeux des assistans, comme si la justice n'était pas l'intérêt commun de tous, le juge devint un fonctionnaire subalterne et si petit fonctionnaire qu'il fut défendu aux personnes en dignité de comparaître devant lui. Méprisé du pouvoir, le juge, sans considération, on vint à se mépriser lui-même, et n'étant plus sous le regard du public, n'ayant point l'honneur pour salaire, il se mit à se payer par ses mains; la justice devint tout à fait vénale, et les frais de justice, les *sportulæ*, ce mal inconnu jusqu'alors, furent exigés avec une insatiable rapacité. Ainsi se manifesta dans l'administration de la justice ce dé-

testable caractère de vénalité qui tache les autres institutions du Bas-Empire, et l'arbitraire du juge fut aussi grand dans l'application du droit que l'arbitraire de l'empereur dans la confection des lois. En même temps disparut ce principe de l'ancien droit, que le magistrat ne doit point agir par voie de contrainte directe, mais seulement autoriser l'action du créancier; tout au contraire, la main du magistrat paraît partout : ce sont ses officiers qui font l'assignation, c'est lui qui exécute par la main des soldats; en un mot, partout et toujours se manifeste sa coûteuse protection.

XIX. Ainsi dans la législation, dans l'administration de la justice, comme dans les autres institutions, se révèle la décadence morale de l'époque, et les rescrits impériaux accusent autant l'arbitraire et l'injustice des magistrats provinciaux que l'impatience ou la cupidité de ceux qui se plaignent. On reconnaît néanmoins de nobles efforts du gouvernement pour la justice; il y a toute une série de constitutions de Constantin pleine de généreux sentimens; mais on sent à la violence des menaces l'impuissance de les mettre à exécution. Tout aussi inutilement Justinien essaie-t-il de s'appuyer sur la sanction des idées religieuses[1] : ce sont des remèdes violens appliqués sans espoir à une incurable maladie[2]. *Nos tamen*, dit Gunther, *frustra temporibus aut principibus irasceremur. Habent enim omnia magna imperia ortus suos et occasus et conversiones quasdam naturales quibus nulla cautio mederi potest. Ut ætate defecti homines cibos non capiunt quibus alantur, sed arte quadam illorum vita protrahitur, quæ paulo momento naturæ defectu evanescit.* Je n'admets point cette patience philosophique de Gunther, mais l'étude de ces temps misérables a aussi son importance et son utilité. Quelque affreux que puisse être

[1] L. 2, *pr.* § 8. C., *de Jud.*, II, 59; l. 13, § 4; l. 14, *pr.* C., *de Jud.*, III, 1. Nov. 90, c. 9, *fin.*

[2] *De Offic. dom. aug.*, I, 27.

le spectacle de ces maladies de l'humanité, le médecin en
pêche son cœur de se révolter, et il interroge même le m
avec une anxiété curieuse, car dans ces souffrances d
passé il y a une leçon et peut-être un remède pour l'aveni

PROCÉDURE CIVILE

DES ROMAINS.

CHAPITRE PREMIER.

Magistrats et Juges.

A l'origine, la juridiction ne formait point une branche séparée d'administration ; comme chez tous les peuples de l'antiquité, elle était aux mains du roi[1], chef dans la paix et dans la guerre ; plus tard, elle appartint aux consuls, qui héritèrent de toutes les prérogatives royales[2].

Quand il fut impossible aux consuls, retenus par des guerres lointaines, de songer à l'administration de la justice,

[1] DENYS D'HAL., II, 14; IV, 41. CIC., *de Rep.*, V. 2. *Nihil esse tam* regale quam explanationem æquitatis; in qua juris erat interpretatio : quod jus privati petere solebant a regibus; ob easque causas agri, arvi et arbusti, et pascui lati atque uberes definiebantur, qui essent regii colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla privati negotii cura a populorum rebus abduceret. Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis.

[2] DENYS, X, 1. Ἀλλὰ τὸ μὲν ἀρχαῖον οἱ βασιλεῖς ἐφ' αὑτῶν ἔταττον τοῖς δεομένοις τὰς δίκας, καὶ τὸ δικαιωθὲν ὑπ' ἐκείνων, τοῦτο νόμος ἦν. Ὡς δ' ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι, τοῖς κατ' ἐνιαυτὸν ὑπατεύουσιν ἀνέκειτο τά τ' ἄλλα τῶν βασιλέων ἔργα, καὶ ἡ τοῦ δικαίου διάγνωσις, καὶ τοῖς ἀμφισβητοῦσι πρὸς ἀλλήλους ὑπὲρ ὁτουδήτινος, ἐκεῖνοι τὰ δίκαια οἱ διαιροῦντες ἦσαν, ch. 19, *ibid.* LIVIUS, II, 27. De là vient que les consuls portaient aussi le nom de *judices*. LIVIUS, III, 55. VARRO, *de Ling. lat.*, V, 9 (éd. Bip.). CIC., *de Legib.*, III, 3. Regio imperio duo sunto : iique præeundo, judicando, consulendo, prætores, judices, consules, appellantor.—Les tribuns et les édiles, choisis comme arbitres amiables, décidaient ordinairement les causes des plébéiens. LYDUS, *de Magist.*, I, 38, 44. DENYS, VI, 90. VII, 58.

on établit dans ce but une magistrature spéciale, la préture[3]. Les édiles, comme magistrats de police, eurent une juridiction particulière sur les ventes publiques, sur les poids et mesures et autres telles sortes de choses[4]; mais cette compétence n'était point exclusive, et quand les édiles étaient empêchés, le préteur rendait la justice à leur place[5].

Le magistrat devant lequel on portait une affaire litigieuse n'avait pas à s'occuper de toutes les procédures auxquelles

[3] CICER., *de Leg.*, III, 8. Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor esto. Is juris civilis custos esto. Huic potestate pari quotcumque senatus creverit, populusve jusserit, tot sunto. — L. 2, § 27. *de Orig. jur.* D. I, 2. Quumque consules avocarentur bellis finitimis, neque esset qui in civitate jus reddere posset, factum est ut prætor quoque crearetur, qui Urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet. § 28. Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo prætore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius prætor, qui Peregrinus appellatus est ab eo quod plerumque inter peregrinos jus dicebat. LYDUS, *de Magist.*, I, 38, 45, nous a fourni la date exacte de la création du *prætor peregrinus*; ce fut en l'an 507 de Rome.

[4] L. 2, § 34, *de Orig. jur.* D. I, 2. L. 1, § 1. D. XXI, 1. Aiunt ædiles : *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, qui fugitivus errove sit, noxave solutus non sit; eademque omnia cum ea mancipia venibunt, palam rectè pronuntianto. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset; quod ejus præstari oportere dicetur, emptori omnibusque ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera, familiæ, procuratorisve ejus factum erit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse præstiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendæ sibi causa quid fecerit in ve arenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuncianto; ex his enim causis judicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus.* — L. 63, *ibid.* ULP. Sciendum est ad venditiones solas hoc edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum cceterarum quoque rerum. Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur; hæc tamen ratio redditur, vel quia nunquam istorum de hac re fuerat jurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones fiunt. — L. 13, § 8, *Locat. cond.* D. XIX, 2.

[5] DIO CASSIUS, LIII, 2.

cette affaire devait donner lieu ; il déterminait simplement le point de droit qui devait faire la loi du litige ; quant à l'examen du fait, il en chargeait quelqu'un des juges privés qu'il avait à sa disposition [6]. On peut douter qu'il y ait eu des *judices privati* au temps des rois [7] ; mais les premières notions un peu exactes que nous possédions sur la procédure romaine supposent l'existence de cette institution ; c'est d'ailleurs la seule manière de comprendre comment un si petit nombre de magistrats pouvait suffire à l'administration de la justice.

L'objet de la demande influait sur le choix du juge : en certains cas on ne nommait qu'un seul *judex ;* en d'autres c'étaient des *recuperatores* qui jugeaient [8]. Ces juges (nommés *arbitri* en certaines circonstances [9]) étaient à l'origine pris parmi les sénateurs presque exclusivement [10]. Tenir dans ses mains les intérêts privés, c'était un moyen de puissance trop réel pour que l'aristocratie romaine le négligeât. Plus tard, par suite de changemens dont Caius Grac-

[6] Ces juges du fait se nommaient *judices*. VARRO, *de Ling. lat.*, V, 7. Dico originem habet græcam quod Græci δικάζω... Hinc *dicare*, hinc *judicare* quod tunc jus dicatur, hinc *judex* quod judicat accepta potestate, id est quibusdam verbis dicendo finit.

[7] CIC., *de Rep.*, V, 2 (*sup.*, n. 1). DENYS, IV. 25.

[8] GAIUS, IV, 104, 105, 109. *Inf.*, n. 70.

[9] CIC., *pro Murena*, XII. Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum diem tertium an perendinum, judicem an arbitrum, rem an litem, dici oporteret. — *Pro Rosc. comœd.*, c. 9. — *Pro Rosc. Amerin.*, c. 39. — GAIUS, IV, 163, 165. — FESTUS, *Arbiter* dicitur judex qui totius rei habeat arbitrium et facultatem. *Taxat* verbum ponitur in his quæ finiuntur quoad tangi liceat ; in litibus quoque (*judici*) arbitrove cum proscribatur quod ei jus sit statuendi. — De là l'expression *judex arbiterve* dans la Loi des XII Tables (A. GELL., XX, 1) et la formule *judicem arbitrumve postulo*. On trouve aussi dans les *notæ* de Valerius Probus, T. J. A. V. P. U. D. (*Tempore judicem arbitrumve postulo ut des.*)

[10] POLYB., VI, 17. Τὸ δὲ μέγιστον, ἐκ ταύτης (συγκλήτου) ἀποδίδονται κριταὶ τῶν πλείστων καὶ τῶν δημοσίων καὶ τῶν ἰδιωτικῶν συναλλαγμάτων, ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων. — PLAUT., *Rudens*, III, 4, v. 7, 8.

chus donna le premier exemple [11], le préteur de la ville [12] fut chargé de dresser tous les ans une liste qui comprenait un certain nombre de juges [13] choisis [14] parmi les citoyens à qui la loi donnait capacité d'exercer cette importante fonction. Le nom de ces *judices selecti* était publié en caractères noirs sur un tableau blanchi (*album*) [15]. Depuis la loi Aurelia, cet album fut divisé en trois décuries, distinguées chacune par un nom différent [16]. Auguste porta le nombre de ces décuries à quatre, Caligula l'éleva jusqu'à cinq [17]. Était-ce bien

[11] Voyez sur ces modifications politiques l'*Histoire de la constitution romaine* de WALTER, chap. 23.

[12] CIC., *pro Cluent.*, c. 43. Prætores Urbani, qui jurati debent optimum quemque in selectos judices referre.

[13] CIC., *ad Famil.*, VIII, 8, cite un sénatus-consulte d'où semble résulter que cette liste de *judices* comprenait trois cents noms; VELL. PAT. II, 76, PLUT., *Pomp.*, c. 55, font monter cette liste à trois cent soixante noms; CIC., *ad Att.*, VIII, 16, dit que les *judices* sont au nombre de huit cent cinquante. Depuis le règne d'Auguste les listes comprirent environ quatre mille noms. PLINE, *Hist. nat.*, XXXIII, 7. Judicum quoque non nisi quatuor decuriæ fuere primo : vixque singula millia in decuriis inventa sunt, nondum provinciis ad hoc munus admissis : servatumque in hodiernum est, ne quis e novis civibus in iis judicaret. Decuriæ quoque ipsæ pluribus discretæ nominibus fuere, tribunorum æris, et selectorum, et judicum.

[14] De là le nom de *judices selecti*, ou de *selecti* simplement. HORAT., sat., I, 4, v. 123. ORELLI, *Inscr.*, n° 3755. *L. Mamilius, L. L. Faustus Sevir Aug. Mamiliæ Actæ Uxori, L. Mamilio, L. F. Arn. Modesto selecto et decurioni, vivo sibi et libertis suis fecit*, n° 3899, *ibid.* — Dans les procès où figurait un *peregrinus*, il pouvait arriver que le *judex* ne fût pas pris sur l'album et fût lui-même un simple *peregrinus*, GAIUS, IV, 105.

[15] *L. Servilia*, c. 6. Qui a prætore *h. l. CDL viri in eum annum lecti erunt, ea nomina omnia in tabula, in albo, atramento script... patrem, tribum cognomenque tributimque descriptos habeto*, *cap.* 7, *ibid.* SUÉTONE, *Claud*, XVI, PLINE, *Hist. nat. præf.*, font mention de cet *album judicum*, ainsi que SÉNÈQUE, *de Beneficiis*, III, 7, § 6. Ubi vero inter disputantes ratio jus dicet... non potest ad hæc sumi judex ex turba selectorum, quem census in album, et equestris hereditas misit.

[16] PLINE, *Hist. nat.*, XXXIII, 7 (*sup.*, note 13).

[17] Les inscriptions font souvent mention des quatre et des cinq décuries.

les juges des affaires civiles que comprenaient ces listes? Cela n'est pas douteux, au moins depuis le règne d'Auguste [18]. La fonction de juge était un service d'intérêt public qu'on ne pouvait refuser [19]. Il y avait du reste certaines incapacités [20] comme aussi certaines excuses [21] qui écartaient

ORELLI, *Inscr.*, n° 3155. *C. Nonio, C. F. An. Cæpiano equo ex quin... decuriis judicum...* — n° 3156. *P. Ennio, P. F. Hor. Basso æd., bis*, II, *vir j*(uri) *d*(icundo), *quinque pont*(ifici) *Q*uæstori *IV*, *cur*(atori) *Pec Pub.*, *judi*ci *IX* (novies) *dec* (uriis) *quinq*(uc), — n° 3877. *P. Virgilio...*, II, *vir j. d.*, *Præf. fabr*(orum), *judici de IIII decuriis equiti selectorum privatisque...* — 3899, *M. Oppio Capitoni... equo publ... judici select. ex V decur.*

[18] C'est ce qui résulte de SUET., *Octav.*, c. 32. Ad tres judicum decurias quartam addixit ex inferiore censu; quæ ducenariorum vocaretur, judicaretque de levibus summis.—SENEC., *de Benef.*, III, 7.—GELLIUS, XIV, 2. Pour les temps antérieurs ce qui fait quelque difficulté, c'est qu'à une époque où la loi *Sempronia* excluait les sénateurs, il est fait mention d'un consulaire comme *judex*. CIC., *de Offic.*, III, 19; et, d'autre part, il est fait mention d'un chevalier comme *judex* à une époque où les lois de Sylla n'admettaient que les sénateurs à cette fonction. CIC., *pro Roscio com.*, c. 14.

[19] L. 13, § 2, D. L. 5. Qui autem non habet excusationem, etiam invitus judicare cogitur. § 3. Si post causam actam cœperit se excusare judex, si quidem privilegio, quod habuit, antequam susciperet judicium, velit se excusare, nec audiendus est; semel enim agnoscendo judicium renuntiat excusationi. Quodsi postea justa causa incidit, ut judex vel ad tempus excusetur, non debet in alium judicium transferri, si cum captione id futurum est alterutrius. Tolerabilius denique est interdum judicem, qui simul cognoverat, tantisper expectare, quam judici novo rem rursum judicandam committere. — L. 18, § 14. D. L. 4, judicandi quoque necessitas inter munera personalia habetur.

[20] L. 12, § 2, *de Judiciis*, D. V, 1. Non autem omnes judices dari possunt ab his, qui judicis dandi jus habent: quidam enim lege impediuntur, ne judices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura ut surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, quia judicio carent. Lege impeditur qui senatu motus est. Moribus feminæ et servi, non quia non habent judicium, sed quia receptum est ut civilibus officiis non fungantur. § 3. Qui possunt esse judices, nihil interest, in potestate, an sui juris sint. — *Fragm. Vatic.*, § 194.

[21] L. 6, § 8. D. *de Excus.*, XXVII, 1. Est autem imperatoris Commodi constitutionibus inscriptum capitulum ex epistola Antonini Pii... sunt

cette charge civique; une des excuses principales était le privilége de la paternité [22]. Les empereurs, en vertu de leur puissance censoriale, avaient la surveillance des listes [23].

A Rome il y avait pour l'administration de la justice des sessions [24] d'été et des sessions d'hiver [25]. Dans les provinces, l'époque des réunions dépendait de celle du *conventus*. Le juge qui manquait à l'appel de son nom [26] était puni d'une amende [27].

En chaque litige, le choix du judex avait lieu de l'accord des deux parties [28], soit qu'elles demandassent le juge nominativement [29], soit qu'elles ne récusassent pas celui que leur

autem hæc verba : Consimiliter autem his omnibus Divus pater meus mox ingrediens principatum constitutione existentes honores et immunitates firmavit, scribens philosophos, rhetores, grammaticos, medicos immunes esse a ludorum publicorum regimine, ab ædilitate, a sacerdotio, a receptione militum, ab emptione frumenti, olei, et neque judicare, neque legatos esse, neque in militia numerari nolentes, neque ad alium famulatum eos cogi.

[22] SUÉTONE, *Claud.* 15.—L. 1. *pr.* D. *de Vacat.*, XXV, 5. Omnis excusatio sua æquitate nititur; sed si prætendentibus aliquod sine judice credatur, aut passim sine temporis præfinitione, prout cuique libuerit, permissum fuerit se excusare, non erunt, qui munera necessaria in rebus publicis obeant. Quare et qui liberorum incolumium jure a muneribus civilibus sibi vindicant excusationem, appellationem interponere debent; et qui tempora præfinita in ordinem ejusmodi appellationum peragende non servaverint, merito præscriptione repelluntur. — *Frag. Vat.* § 195.

[23] PLINE, *Hist. nat.*, XXIX, 8.— SUET., *Claud.*, 15, 16.—*Domit.*, c. 8.

[24] Ce temps de session se nommait *rerum actus*. SUET., *Octav.*, 32. — PLINI, *Ep.* Eia tu, quum proxime res agentur, quoquo modo ad judicandum veni. GAIUS, II, 279. Item de fideicommissis semper in urbe jus dicitur : de Legatis vero cum res aguntur.

[25] SUET., *Claud.* 20. Rerum actum divisum antea in hibernos æstivosque menses conjunxit.

[26] Faire cet appel se nommait *citare judices*. CIC., *Phil.*, V, 5. —PLINE, *Epist.*, X, 66. Quum citarem judices, conventum inchoaturus, Flavius Archippus vacationem petere cœpit ut philosophus.

[27] PLINE, *Ep.*, VI, 29.

[28] De là l'expression *sumere judicem*. CIC., *pro Flacco*, 21; *pro Quint.*, 8.

[29] QUINTILIEN, *Inst. orator.*, V, 6.—L. 80, *D. de Judic.* V, 1. Si in judicis nomine prænomine erratum est, Servius respondit, si ex conventione li-

donnait le magistrat [50]. Ce libre choix du juge était considéré comme une des plus sûres garanties de la liberté : « *Neminem*, dit Cicéron, *voluerunt majores nostri, non modo de æstimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset* [51]. » Le juge ainsi désigné prêtait serment de remplir consciencieusement sa charge [52]. Il lui était du reste permis de s'entourer d'un ou de plusieurs conseils [53], et ces conseils étaient d'ordinaire des jurisconsultes qui l'éclairaient sur la question de droit [54].

Il semble que les *recuperatores* fussent chargés de juger les affaires dont l'État désirait la prompte décision [55]. Leur nomination se faisait immédiatement [56], et il n'était pas né-

tigatorum is judex addictus esset, eum esse judicem de quo litigatores sensissent. Proposer le juge se disait *judicem ferre*. Cic., *de Orat.*, II, 70; *Pro Rosc. comœd*, 15.

[50] Le droit de récusation se disait *rejicere*, *ejerare*. Cic., *in Verr.*, II, 12. Pline, *Panegyric.*, 36.

[51] Cic., *pro Cluentio*, c. 43.

[52] Cic., *de offic.*, III, 10. *l.* 14, *pr.* C.; *de Judic.*, III, 1. Cui enim non est cognitum antiquos judices non aliter judicialem calculum accepisse, nisi prius sacramentum præstitissent : *Omnimodo sese cum veritate et legum observatione judicium esse dispositoros.*

[53] C'est ce qui nous explique pourquoi en plusieurs de ses plaidoiries Cicéron s'adresse aux *judices*. *Pro Quintio*, c. 1, 2. Te C. Aquili et hos qui tibi in consilio adsunt,.. *c.* 2, *c.* 6, *c.* 10, *c.* 30, *ibid.*—*In Verr.*, II, 2, 29. — Suet., *Tiber.*, 33. *Domit.*, 8. — Gellius, XII, 13.

[54] Gell., XII, 13. Cum Romæ a consulibus judex extra ordinem datus pronuntiare intra calendas jussus essem, Apollinarem Sulpitium, doctum hominem, percontatus sum an his verbis *intra calendas*, ipsæ quoque calendæ tenerentur... Cur, inquit, hoc me potius rogas, quam ex istis aliquem peritis studiosisque juris, quos adhibere in consilium judicaturi soletis ? Tum illi ita ego respondi : Si aut de vetere, inquam, jure, aut recepto aut controverso, aut ambiguo, aut novo, aut constituto discendum esset, issem plane sciscitatum ad istos, quos dicis.—Am. Marc., XXIII, *in fin.*

[55] Gaius, IV, 185. Cic., *Divinat.*, 17. Val. Prob. Q. E. R. E. T. P. J. R. D. T. D. D. D. P. F. (*Quanti ea res erit, tantæ pecuniæ judicium recuperatorium dabo, testibusque duntaxat decem denuntiandi potestatem faciam.*)

[56] Pline, *Ep.*, III, 20. Nam ut in recuperatoriis judiciis, sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus.

cessaire de les prendre sur les listes judiciaires[37]. On en nommait toujours plusieurs pour une seule affaire[38]. Le magistrat les proposait; les parties avaient le droit de récusation[39]. Peut-être à l'origine les *recuperatores* étaient-ils ces juges qui dans les premiers temps de Rome connaissaient des délits les moins importans[40]. Du reste il est remarquable qu'on donne aussi ce nom de *recuperatores* aux juges nommés en vertu des traités pour décider les contestations survenues entre Rome et une nation alliée, ou entre les sujets de ces deux puissances[41]. Dans les contestations qui s'élevaient entre des nations dépendantes, il va de soi que ces récupérateurs étaient nommés par le sénat ou par le général en chef[42].

A côté de ces juges, nommés chacun pour une seule affaire, il existait un tribunal permanent : je veux parler des Centumvirs[43]. A l'époque où il y avait trente-cinq tribus, chaque tribu fournissait à ce tribunal trois juges, nommés vraisemblablement par le préteur. Plus tard le nombre des centum-

[37] Arg. Liv. XLIII, 2. Dès qu'on astreignait expressément le préteur à choisir parmi l'*ordo senatorius*, il est évident qu'il n'y était pas obligé dans le passé.

[38] *Recuperatores sunto.* GAIUS, IV, 46. Souvent aussi Gaius oppose les *judicia recuperatoria* aux judicia *sub uno judice*, GAIUS, IV, 105, 109.

[39] Cela résulte (mais sans qu'on puisse conclure plus avant) de différens passages des *Verrines*, II; (3) 13; III (4) 2, 13, 59, 60; V (6) 54.

[40] DENYS, 11, 14, 29. C'est ce que semble dire aussi GELLIUS, XX, 1.

[41] FESTUS. *Reciperatio* est, ut ait Gallus Ælius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit quomodo per reciperatores reddantur res, reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.—*Plebisc. de Thermens.*, *col.* II, lin. 35-44. *Quos Thermenses majores Pisidæ liberos servosve bello Mithridatis amiserunt magistratus Pr... magistratu cui de ea re jurisdictio erit, qu... de ea re in jus aditum erit ita de ea re jus dicunto, judicia d... danto uti eos recuperare possint.*

[42] LIVIUS, XXVI, 48; XLIII, 2.

[43] QUINTILIEN, *Inst. orat.*, V, 10, oppose les centumvirs comme tribunal public au *judex privatus* : Proprium est et illud causæ, ut alia apud centumviros, alia apud privatum judicem in iisdam quæstionibus ratio sit. PLIN., *Ep.*, VI. 33.

virs s'éleva jusqu'à cent quatre-vingts au moins [44]. Ces juges se partageaient en quatre conseils, ou sénats [45], qui, siégeant soit au Forum, soit dans une basilique, formaient autant de tribunaux distincts [46]. Il y avait certaines affaires qui se portaient successivement à deux conseils [47] et d'autres qui se traitaient devant les quatre conseils réunis et néanmoins jugeant chacun séparément [48]. Le président de ces tribu-

[44] FESTUS. *Centumviralia* judicia a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romæ triginta et quinque tribus, terni ex singulis tribubus sunt electi ad judicandum, qui centumviri appellati sunt; et licet quinque amplius, quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. Centumviralia judicia, quæ centumviri judicabant.— VARRO, *de Re rust.*, II, 1. Si, inquam numerus non est ad amussim, ut cum dicimus mille naves ad Trojam isse, centumvirale judicium Romæ. — PLINE, *Ep.*, VI, 33. Sedebant judices centum et octoginta : tot enim quatuor consiliis conscribuntur. On ne peut conclure de ce passage qu'il n'y avait pas un plus grand nombre de centumvirs; car il n'est ici question que des juges siégeant.

[45] VAL. MAX., VII, 7, 1. QUINTILIEN, *Inst. orat.*, XII, 5, § 6.

[46] *Arg.* PLINE, *Ep.*, II, 14.

[47] QUINTILIEN, *Inst. orat.*, V, 2, § 1; XI, 1, § 78, les nomme *centumviralia duplicia judicia,* et *duæ hastæ.*

[48] PLINE, *Ep.*, VI, 33. Sequutus est varius eventus. Nam duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. Notabilis prorsus res et mira : eadem in causa, iisdem judicibus, iisdem advocatis, eodem tempore tanta diversitas accidit. — QUINTILIEN, *Inst. orat.*, XII, 5, § 6. — La procédure portée devant ce tribunal était dite quadruple, *quadruplex judicium.* PLINE, *Ep.*, I, 18; IV, 24. Proxime cum apud centumviros in quadruplici judicio dixissem, subiit recordatio, egisse me juvenem æque in quadruplici. *Ibid.*, VI, 33.—L. 10, *pr.*, D. *de Inoff.*, V, 2. Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet; humanius erit sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit, nisi si aperte judices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit. — L. 76, *de Leg.*, II, D. XXXI. Quum filius diversis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variæ sententiæ judicum extitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum præceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit, sed libertates ex testamento competere placuit, quum pro parte filius de testamento matris litigassat.

naux réunis était un préteur [49]; mais les questeurs sortant d'exercice étaient aussi chargés de la direction des affaires jusqu'à l'époque où Octave transporta cette fonction aux décemvirs, dont nous parlerons tout à l'heure [50].

Quant à la compétence des centumvirs, son objet principal, c'étaient les questions qui concernaient la propriété quiritaire ou, ce qui n'est qu'une conséquence naturelle, les successions; c'est ce que nous apprennent une énumération célèbre de Cicéron [51] et les exemples que nous possédons; c'est ce qu'indiquait également la lance, symbole de la propriété quiritaire, toujours dressée devant le tribunal [52].

A la différence des juges privés, les centumvirs jugeaient le droit comme le fait [53], ce qui nous explique l'importance et l'influence des *præjudicia* que rendaient ces juges [54].

L'origine de ce tribunal est du reste fort obscure. Le rapport intime de la propriété quiritaire et du cens donne beaucoup de vraisemblance à l'opinion qui attribue à Servius Tullius l'éta-

[49] PLINE, *Ep.*, V, 21.

[50] SUET., *Octav.*, c. 36. Auctor... fuit... ut centumviralem hastam, quam quæstura functi consueverant cogere, decemviri cogerent.—PLINE, *Ep.*, V, 21. — DIO CASS., LIV, 26.

[51] CIC., *de Orat.*, I, 38. Nam volitare in foro, hærere in jure ac prætorum tribunalibus, judicia privata magnarum rerum obire, in quibus sæpe non de facto, sed de æquitate ac jure certatur, jactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum et ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium jura versentur, cum omnino quid suum, quid alienum, quare denique civis an peregrinus, servus an liber quisquam sit, ignoret, insignis est impudentiæ. *Ep. ad Fam.* VII. 32. *Pro. Mil.*, c. 27.

[52] GAIUS, IV, 16. Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii; [omnium] enim maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent. Unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur.

[53] CIC., *de Orat.*, I, 38 (*sup.*, n. 51), *ibid.*, c. 56. Nam quod maximas centumvirales causas in jure positas protulisti, *etc.* — *pro Cæcina*, 18. — QUINTIL., *Inst. orat.*, IV, 2, § 5.

[54] VAL. MAX., VII, 7, 2, 3. 4. 5; VII, 8, 1, 2, 4.—QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 2.

blissement des centumvirs[55]; mais il ne faut pas néanmoins voir dans ce tribunal une institution plébéienne[56]; car le mode de nomination des centumvirs par les tribus, qui pourrait conduire à cette supposition, ne peut pas remonter plus haut que les Douze Tables. Sous la république, le tribunal centumviral conserva toute son importance; c'est ce que prouvent la gravité des questions qui se débattaient devant lui, la forme antique de ses procédures[57] et les plaidoiries célèbres qui dès avant Cicéron se prononcèrent devant les centumvirs[58]. Il est vrai qu'alors les orateurs en réputation parlaient plus volontiers et plus souvent devant le peuple et les *judices* que devant un tribunal où ne s'agitaient que des questions d'intérêt privé; mais plus tard, quand la grande éloquence fut morte avec la république, ce fut devant les centumvirs que se développa cette éloquence précieuse et dégénérée, qui n'avait plus pour s'alimenter l'énergie de la vie publique[59]. Jusqu'à quelle époque se maintint ce tribunal est chose fort incertaine. Il est possible qu'il ait duré jusqu'à la chute de l'empire d'Occident.

[55] *Arg.* DENYS, IV, 25.

[56] C'était l'opinion de Niebuhr, I, 472; mais il est impossible d'admettre qu'à cette époque la liberté plébéienne eût fait un si grand pas; comment expliquer alors les plaintes perpétuelles des plébéiens contre l'inégalité de la justice, et leur ignorance du droit et de la procédure? Les *judices* dont parle Tite-Live, III, 55, et dans lesquels Niebuhr a vu des centumvirs, peuvent être ces *judices* auxquels les tribuns choisis pour arbitres renvoyaient la décision de l'affaire.

[57] GAIUS, IV, 30, 31. (*Inf.*, ch. 2. n. 8. 9.)—GELLIUS, XVI, 10. Sed enim cum proletarii, et assidui, et sanates et vades et subvades, et viginti quinque asses, et taliones, furtorumque quæstiones cum lance et licio evanuerint, omnisque illa XII Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Æbutia lata consopita sit, studium, etc. — QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 10, § 115.

[58] CIC., *pro Cæcina*, 18, 24; *de Orat.*, 11, 23.

[59] Cette pensée se trouve exprimée avec une énergie remarquable dans le dialogue *de Causis corrupt. eloq.*, c. 38. Pline parle souvent et avec emphase des causes qu'il a plaidées devant les centumvirs. *Ep.*, I, 5, 18; II, 14; IV, 16; VI, 12, 33; IX, 23. QUINTIL., *Inst. orat.*, IV, 1, § 57.

Enfin il faut nommer ici les *decemviri stlitibus judicandis*, dont l'institution doit remonter à la même époque que celle des *triumviri capitales*, c'est-à-dire vers l'année 463 [60]. Il est possible néanmoins que les décemvirs existassent déjà comme magistrature plébéienne [61] et qu'on leur ait seulement donné alors une destination nouvelle. Leurs attributions sont très peu connues. Cicéron nous apprend qu'on procédait devant eux par la forme du *sacramentum* [62]. Octave leur donna la direction du tribunal centumviral [63]. Il semble également que sous l'empire ils eurent une part de la juridiction criminelle [64].

Au dehors de Rome, en Italie, depuis que ce pays fut soumis à la suprématie romaine, la juridiction de chaque cité et de son territoire fut aux mains des magistrats municipaux [65]. La justice était administrée comme à Rome, c'est-à-dire que le magistrat disait le droit et établissait un *judicium* pour appliquer le droit au fait [66]. Dans les provinces, le magistrat romain faisait fonction du préteur de Rome; lors de la tenue de chaque conventus, il administrait la justice [67]

[60] *Pomp.*, L. 2, § 29. D. *de Orig. jur.*, I, 2. Deinde quum esset necessarius magistratus qui hastæ præesset, decemviri in litibus judicandis sunt constituti. § 30. Eodem tempore et quatuorviri, et triumviri capitales.....

[61] Niebuhr croit reconnaître ces magistrats dans les décemvirs dont parle Tite-Live, III, 55.

[62] Cic., *pro Cæcina*, 33; *pro domo*, 29.

[63] *Sup.*, note 50. Pomponius (*sup.*, note 60) a fait confusion en leur donnant cette fonction de l'époque dès leur institution.

[64] Boeckh, *Inscript. græc.*, t. I, n° 1133, 1327.

[65] *Fragm. legis Mamiliæ*, 3, 5. *Lex Rubria de Gallia Cisalp.*, 23. *Fragm. leg. Servil.*, 12. *Lex Tab. Heracl. part. alt. lin*, 55.

[66] C'est ce que prouve la loi Rubria relative à la Gaule Cisalpine et la loi dite *Lex Mamilia* relative aux colonies. *Lex Mamil.*, c. 5. *Quicumque magistratus in ea colonia, municipio, præfectura, foro, conciliabulo, jure dicundo præerit, ejus magistratus de ea re jurisdictio, judicisque datio addictio esto.*

[67] Ces assises du magistrat romain se nommaient *conventus*, et aussi *forum agere*. Cic., *ad Att.*, V, 21; VI, 2. Festus. V° *Forum.* Is qui provinciæ præest, forum agere dicitur, cum civitates vocat et de controversiis earum cognoscit.

en renvoyant l'examen du fait tantôt à un judex et tantôt à des recuperatores[68]. Il semble même que dans ce but le magistrat dressait une liste judiciaire composée et des citoyens romains faisant partie du conventus[69] et des nationaux[70].

On distinguait les *judicia* (et cette distinction était générale) en *judicia legitima* et *judicia quæ sub imperio continentur*. Le *judicium* était *legitimum* s'il avait lieu à Rome ou dans le premier mille autour de la ville, devant un seul *judex*, toutes les parties ayant droit de cité romaine. Manquait-il une seule de ces conditions, ce n'était plus un *judicium legitimum*, mais bien un *judicium quod sub imperio continetur*[71]. Cette distinction tenait sans doute à une diffé-

[68] Mention d'un seul *judex*, Cic., *in Verr.*, II, 29; d'un *judex* et de *recuperatores* tous ensemble, *in Verr.*, III, 11, 58-60; de *recuperatores* seulement, *Divin.*, 17, *in Verr.*, III, n° 21, 22, V. 54; *Pro Flacco*, 19, 20, 21. — Ulp., I, 13; — Theoph., I, 6, § 4.

[69] Cic., *in Verr.*, II, 13. Selecti judices civium Romanorum ex conventu proponi solent, III, 11, 60.

[70] Pline, *Ep.*, X, 66.

[71] Gaius, IV, 103. Omnia autem judicia aut legitimo jure consistunt, aut imperio continentur. 104. Legitima sunt judicia quæ in urbe Roma, vel intra primum urbis Romæ milliarium, inter omnes cives romanos, sub uno judice accipiuntur : eaque lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant, et hoc est quod vulgo dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori. 105. Imperio vero continentur recuperatoria et quæ sub uno judice accipiuntur, interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quæcumque extra primum urbis Romæ milliarium tam inter civem romanum quam inter peregrinos accipiuntur : ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tamdiu valent quamdiu is, qui ea præcepit, imperium habebit. 109. Ceterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse sed legitimum esse : verbi gratia (si) ex lege Aquilia, vel Ovinia vel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur judicium : idemque juris est et si Romæ apud recuperatores agamus, vel apud unum judicem interveniente peregrini persona. Et ex diverso si ex ea causa, ex qua nobis edicto prætoris datur actio, Romæ sub uno judice inter omnes cives romanos accipiatur judicium, legitimum est. — Cicéron fait mention de ce legitimum judicium, *pro Rosc. com.*, c. 5; *Orat. part.*, c. 12.—Ulp., XI, 27.—*Fragm. Vat.*, § 47.

rence originaire fort ancienne; mais il est impossible de rien dire de précis à ce sujet.

CHAPITRE II.

Du mode et de la forme des Procédures.

Dans l'enfance de la législation, quand le droit était tout entier dans la main des pontifes, la procédure judiciaire était emprisonnée dans des formes étroites et mêlée de certains actes symboliques qui traduisaient à l'esprit l'idée dominante du procès. Il y avait cinq formes légitimes, cinq *legis actiones*, pour introduire régulièrement une procédure : le *sacramentum*, la *postulatio judicis*, la *condictio*, la *manus injectio* et la *pignoris captio*[1]. Les quatre premières actions de loi avaient cela de commun qu'elles ne pouvaient avoir lieu que devant le magistrat, *in jure* (par conséquent seulement dans les jours fastes), et en présence de l'adversaire. Ces conditions n'étant point exigées pour la *pignoris captio*, c'était un sujet de doute pour quelques jurisconsultes de savoir si cette forme judiciaire était une *legis actio*[2].

[1] GAIUS, IV, 11. Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditæ erant, quia tunc Edicta prætoris quibus complures actiones introductæ sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatæ erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum rem perdidisse est, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII Tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. 12. Lege autem agebatur modis quinque : sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris captionem. L. 2. §. 6. *de O. J.* D. 1. 2.

[2] GAIUS, IV, 29... Certis verbis pignus capiebatur; et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse : quibusdam autem non placebat; primum quod pignoris captio extra jus peragebatur, id est

La *legis actio per sacramentum* consistait en une espèce de gageure (*sponsio*) que les parties faisaient sur l'objet du litige, devant le tribunal et suivant une formule déterminée[3]. C'était ensuite aux centumvirs ou au judex de connaître de l'affaire. La loi des Douze Tables fixait le taux de la *sponsio* à 500 as pour les contestations de 1,000 as et au-dessus, à 50 as pour les litiges de moindre valeur[4]. Du reste cette somme n'appartenait pas à la partie qui gagnait le procès; elle tournait au profit de l'*ærarium* et servait aux sacrifices[5]. Cette forme du *sacramentum* était générale et

non apud prætorem; plerumque etiam absente adversario, cum alioquin cæteris actionibus non aliter uti possit, quam apud prætorem, præsente adversario; præterea nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

[3] GAIUS, IV, 13. Sacramenti actio generalis erat; [de] quibus enim [rebus] ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. Eaque actio perinde periculosa erat... atque hoc tempore periculosa est actio certæ creditæ pecuniæ propter sponsionem, qua periclitatur reus si temere neget, [et] propter restipulationem qua periclitatur actor si non debitum petatur : nam qui victus erat summam sacramenti præstabat pœnæ nomine [eaque in publicum cedebat præ]desque eo nomine prætori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis pœna lucro cedit adversario, qui vicerit.

[4] GAIUS, IV, 14.

[5] VARRO, *de Ling. lat.*, IV, 86. Ea pecunia quæ in judicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos æris ad pontem deponebant : de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui judicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad ærarium redibat. — FESTUS. *Sacramentum* æs significat, quod pœnæ nomine penditur, sive [ab] eo qui interrogatur sive [ab eo cui] contenditur. Id in aliis rebus quinquaginta assium est, in aliis rebus quingentorum inter eos qui judicio inter se contenderent; qua de re lege L. Papirii tribuni... sancitum est his verbis : *Quicumque prætor post hæc factus erit, qui inter cives jus dicet, tres viros... populum rogato, hique tres viri... quicumque... facti erunt sacramenta ex* [igunto], *judicantoque, eodemque jure sunto uti ex legibus plebisquescitis exigere judicare esseque oportet.* Sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est, quod et propter ærarii inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur id in rebus divinis.

servait d'introduction à toutes les demandes pour lesquelles il n'y avait point de *legis actio* déterminée [6].

La *legis actio per postulationem* avait, elle aussi, une sphère assez étendue et pouvait en certains cas remplacer l'action par *sacramentum* [7]. Nous parlerons plus loin des trois autres formes dont l'application était plus restreinte.

La nécessité d'observer strictement et à la lettre ces formules les rendit avec le temps tout à fait odieuses; aussi furent-elles abolies par la loi *Æbutia* ainsi que par deux lois *Julia*. La procédure nouvelle qui remplaça ces *legis actiones* consista principalement dans une formule écrite que le préteur rédigeait d'après les explications et les demandes des deux parties, et qu'il transmettait au juge pour lui servir de règle dans ses recherches et dans sa décision [8]. Néanmoins pour les procès qui se portaient devant la juridiction centumvirale, les anciennes formes de procédure furent conservées; les parties se provoquaient par *sacramentum* devant l'un des deux préteurs, et ce *sacramentum* saisissait ce tribunal comme eût fait une formule [9]. On pouvait aussi *lege agere* au cas de *damni infecti*. Quelle de ces *legis*

[6] Gaius, IV, 13, *sup.*, n. 3.

[7] *Arg.* Gaius, IV, 20.

[8] Gaius, IV, 30. Sed istæ omnes legis actiones paulatim in odium venerunt : namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderant, eò res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Æbutiam et duas Julias sublatæ sunt istæ legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

[9] Gaius, IV, 31. Tantum ex duabus causis permissum est interdum legis actionem facere : lege agere damni infecti, et si centumvirale judicium f[uer]it prov[ocatum : ide]o cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud prætorem urbanum vel peregrinum... damni vero infecti nemo vult lege agere; sed potius stipulatione, quæ in edicto proposita est, obligat adversarium [per] magis[tratum] quod et commodius jus et plenius est.— *Ibid.*, 95. Ceterum, si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem : sacramento enim reum provocamus, eaque sponsio sestestiorum CXXV nummorum fit... — Plin., *Ep.*, V. 1. Gell., XVI, 10.

actiones employait-on alors, c'est ce qu'on ne peut dire avec quelque certitude [10].

La procédure par formules ne fut point une institution toute nouvelle et comme indépendante des anciens usages; elle se rattachait aux *legis actiones* en ce sens que la formule, par une fiction, mettait l'instance au point où elle se serait trouvée si elle avait été réellement engagée par une *legis actio*. Peu à peu, il est vrai, et à mesure que de nouveaux besoins l'exigèrent, l'édit introduisit des formules nouvelles calculées sur les nécessités du jour [11] et tout à fait indépendantes des *legis actiones;* mais la formule conserva la trace de cette distinction originaire. Quand l'obligation du défendeur découlait du droit civil, la formule qui saisissait le juge était conçue en termes généraux et, comme disaient les jurisconsultes, *in jus concepta* [12]. Quand au contraire l'action

[10] Il semble qu'on pourrait induire du passage de Gaius que nous venons de citer, qu'en ce cas on agissait par *sacramentum.*

[11] GAIUS, IV, 10. Quædam præterea sunt actiones quæ ad legis actionem exprimuntur : quædam (quæ) sua vi ac potestate constant.—*Ibid.*, 32, 33. Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur : sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, cum ipsam dari nobis oportere intendimus, nullam adhibemus condictionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Ejusdem naturæ sunt actiones commodati, fiduciæ, negotiorum gestorum, et aliæ innumerabiles. — CIC., *pro. Roscio comœd.*, c. 8. Sunt jura, sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ, ne quis, aut in genere injuriæ, aut ratione actionis errare possit. Expressæ sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publicæ a prætore formulæ, ad quas privata lis accommodetur.

[12] GAIUS, IV, 45. Sed eas quidem formulas in quibus de jure quæritur, [in jus] conceptas vocamus : quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum [decidere oportere; in] quibus juris civilis intentio est. — *Ibid.*, 60. Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi, et denique in ceteris omnibus, quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret, demonstraverit, litem perdere : velu si quis, una re deposita, duas res deposuisse demonstraverit; aut si quis, cui pugno mala percussa est, in actione injuriarum esse aliam partem

se fondait sur le droit prétorien, la formule était *in factum concepta*, c'est-à-dire qu'elle énonçait simplement le fait avec les conséquences que lui attribuait l'édit [13]. En plusieurs actions *civiles*, il y avait dans l'album du préteur doubles formules, l'une *in jus*, l'autre *in factum concepta* [14]. Le but de cette dernière était probablement de permettre

corporis percussam sibi demonstraverit. Quod an debeamus credere verius esse, diligentius requiremus. Certe cum duæ sint depositi formulæ, alia in jus concepta, alia in factum; et in ea quidem formula, quæ in jus concepta est, initio res, de qua agitur, demonstretur, tum designetur, deinde inferatur juris contentio his verbis : QUIDQUID OB EAM REM ILLUM MIHI DARE FACERE OPORTEAT; in ea vero quæ in factum concepta est [sine demonstratione ipsa intentione] res de qua agitur, designetur his verbis; SI PARET ILLUM APUD ILLUM DEPOSUISSE; dubitare non debemus, quin, si quis in formula, quæ in factum composita est, plures res designaverit quam deposuerit, litem perdat, quia in intentione plus pos[uit quam oportebat.] *Ibid.*, 106, 107. — C'est pour cela que dans le *civilis in factum actio* la formule était non pas *in factum*, mais bien *in jus concepta*, l. 6, D. *de Præsc. verbis*, XIX, 5. Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi : respondit nullam esse venditionem ; sed civili intentione incerti agendum est.

[13] GAIUS, IV, 46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est; sed initio formulæ nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur : qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum prætoris in jus vocat; nam in ea ita est : RECUPERATORES SUNTO; SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS IN JUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNANTO; SI NON PARET, ABSOLVUNTO. Ceteræ quoque formulæ, quæ sub titulo *de in jus vocando* propositæ sunt, in factum conceptæ sunt : velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit, neque vindicem dederit; item contra eum qui exemerit eum qui in jus vocatur; et denique innumerabiles ejusmodi aliæ formulæ in albo proponuntur. *Ibid.*, 60, 106, 107. — THEOPH., IV, 6, § 12. — l. 25. § 1, D. *de obl. et act.*, XLIV, 7.

[14] GAIUS, IV, 47. Sed ex quibusdam causis prætor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati. Illa enim ormula quæ ita concepta est : JUDEX ESTO : QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EJUS, ID JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO,, SI NON PARET ABSOL-

d'agir aux personnes en puissance d'autrui [15]. Quand le procès portait sur une question que l'édit n'avait pas prévue, le préteur, s'il trouvait la demande admissible [16], rédigeait librement une formule calculée sur la nature du fait en litige. Quand l'action reposait sur une fiction ou sur une analogie [17], on employait la formule directe convenablement modifiée [18].

vito, in jus concepta est. Ast illa formula, quæ ita concepta est : Judex esto ; si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse, eaque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemnato : si non paret absolvito, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulæ sunt. *Ibid.*, 60; *sup.*, n. 12.

[15] L. 9, D., *de obl. et act.* D., XLIV, 7. Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum, et *quod vi aut clam*, et depositi, et commodati, ut Julianus putat. — l. 13, *ibid.* In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere.

[16] L. 7, § 2, D. *de Pact.*, II, 14. Sed et si in alium contractum (*un contrat ayant un nom*) res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem ; ut puta *dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; dedi, ut aliquid facias*, hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc : *dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*, manumisisti ; evictus est Stichus; Julianus scribit in factum actionem a prætore dandam ; ille ait civilem incerti actionem, id est præscriptis verbis, sufficere ; esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde hæc nascitur actio. — l. 16, § 1, D, *de præscript. verb.*, XIX, 5.

[17] C'est ce qu'on nommait une *actio utilis*. l. 11, l. 21, D, *præscrip. verb.* XIX, 5. l. 7, § 1; D., *de Relig.*, XI, 7. l. 5, § 12. D., *de his qui effud.*, IX, 3. L'*actio præscriptis verbis* se nomme aussi *utilis in factum actio*, l. 26, § 3, D., *de Pact. dotal.*, XXIII, 4.

[18] Gaius, IV, 34. Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis : velut cum is, qui ex [edicto] bonorum possessionem petit, ficto se herede agit ; cum enim, prætorio jure et non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere *suum esse*, [neque id quod defuncto de]bebatur potest intendere *dari sibi oportere*. Itaque ficto se herede intendit, velut hoc modo : Judex esto ; si A. Agerius, id est ipse actor L. Seii heres esset, tum si is fundus de quo agitur ex jure Quiritium ejus esset ; [vel si quid debe]batur L. Seio, præposita simili [fictione, intentio] ita subjicitur : tum si paret N. Negidium A. Agerio sestertium

On distinguait quatre parties dans la formule : la *demonstratio*, c'est-à-dire l'indication du fait qui servait de base à l'action, (*Aulus Agerius a vendu un esclave à Numerius Negidius*); l'*intentio*, qui énonçait la prétention du demandeur,

X MILLIA DARE OPORTERE, 35. Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. Sed interdum et alio modo agere solet; nam ex persona ejus, cujus bona emerit sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam; id est, ut quod illius esset, vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quæ species actionis appellatur Rutiliana, quia a prætore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur. 36. [Ejusdem generis est, quæ Publiciana vocatur.] Datur autem hæc actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit : nam quia non potest eam *ex jure Quiritium suam esse* intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo : JUDEX ESTO; SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT... EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, et reliqua. 37. Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat, aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi : velut si furti agat peregrinus, aut cum eo agatur, formula ita concipitur: JUDEX ESTO : SI PARET [OPE] CONSILIOVE DIONIS SERVII FILIO FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni injuriæ agat, aut cum eo agatur, ficta civitate Romana judicium datur. 38. Præterea aliquando adversarium fingimus nostrum capite deminutum non esse : nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite deminutus deminuta ve fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendere [jure licet] *dare eum eamve oportere;* sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introductum est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse. — *Frag. Vat.*, § 90. — Paul nous apprend que cette distinction des actions directes et utiles n'eut de valeur que dans la seule procédure formulaire. l. 47, § 1, D., *de Negot. gest.*, III, 5. Nec refert, directa quis, an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est, maxime quum utraque actio ejusdem potestatis est, eumdemque habet effectum.

le point dont le juge avait à rechercher le bien ou le mal fondé (*s'il est prouvé que, sur cet esclave, Aulus Agerius avait le droit de propriété quiritaire*); l'*adjudicatio*, qui, en certains cas, autorisait le juge à faire le partage entre les parties, donnant à l'une, ôtant à l'autre; enfin la *condemnatio*, qui attribuait au juge le droit de condamner ou d'absoudre suivant le résultat de ses recherches (*que le juge condamne Numerius Negidius à payer dix mille sesterces à Aulus Agerius; si la chose n'est pas prouvée, qu'il le renvoie de la plainte*[19]). Ces quatre parties ne se rencontraient pas nécessairement toutes ensemble dans une même formule[20]. Le plus ordinairement on trouvait réunies la démonstration, l'inten-

[19] GAIUS, IV, 39. Partes autem formularum hæ sunt : demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio. 40. Demonstratio est ea pars formulæ quæ præcipue... inseritur, ut demonstretur res de qua agitur, velut hæc pars formulæ : QUOD A. AGERIUS N. NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT. Item hæc : QUOD AULUS AGERIUS APUD N. NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT. 41. Intentio est ea pars formulæ, qua actor desiderium suum concludit, velut hæc pars formulæ est : SI PARET N. NEGIDIUM A. A. SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE; item hæc : QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE; item hæc : SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. 42. Adjudicatio est ea pars formulæ qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare : velut si inter coheredes familiæ erciscundæ agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum, nam illic [ita est] QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO. 43. Condemnatio est ea pars formulæ qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur, velut hæc pars formulæ : JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE; item hæc : JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO DUMTAXAT X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVITO; item hæc : JUDEX N. NEGIDIUM X MILLIA CONDEMNATO, et reliqua, ut non adjiciatur.

[20] GAIUS, IV, 44. Non [tamen] istæ omnes partes simul inveniuntur, sed quædam inveniuntur, quædam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in præjudicialibus formulis : qualis est, qua quæritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliæ complures. Demonstratio autem et adjudicatio et condemnatio nunquam solæ inveniuntur : nihil omnino sine intentione vel condemnatione valet [demonstratio]; item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adjudicatione nullas vires habet : ob id nunquam solæ inveniuntur.

tion et la condamnation [21]. Dans les formules *in factum conceptæ*, la démonstration se confondait dans l'intention [22].

Quelquefois, suivant les circonstances, on faisait précéder la formule de certaines demandes ou de certaines réserves ; cette indication préliminaire se nommait *prescriptio* [23] parce qu'elle était écrite en tête de la formule.

Disons enfin que la procédure formulaire était en vigueur en dehors de Rome dans les villes qui avaient le droit de cité [24], et qu'on l'employait également devant les magistrats romains qui dans les provinces exerçaient la juridiction [25].

[21] Voyez par ex. GAIUS, IV, 47 (*sup.*, n. 14), 136. *L. Rubria de Gallia Cisalp.*, c. 20.

[22] GAIUS, IV, 46, 47, 60. (*Sup.*, n. 12.)

[23] GAIUS, IV, 130. Videamus etiam de prescriptionibus, quæ receptæ sunt pro actore. 131. Sæpe enim ex una eademque obligatione aliquid jam præstari oportet, aliquid in futura præstatione est : velut cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus : nam finitis qnibusdam annis aut mensibus hujus quidem temporis pecuniam præstari oportet; futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intelligitur, præstatio vero adhuc nulla est. Si ergo velimus id quidem, quod præstari oportet, petere et in judicium deducere, futuram vero obligationis præstationem in incerto relinquere, necesse est ut cum hac præscriptione agamus : EA RES AGATUR CUJUS REI DIES FUIT ; alioquin si sine hac præscriptione egerimus ea scilicet formula, qua incertum petimus, cujus intentio his verbis concepta est : QUIDQUID PARET N. N. A. A. DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est, etiam [futuram] in hoc judicium deducimus et quantumvis... Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita præscribere : EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO : [ut] postea si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda... possimus. [Nam] totius illius juris obligatio illa intenta actione : QUIDQUID OB EAM REM N. N. A. A. DARE FACERE OPORTERET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacuà possessione tradenda nulla supersit actio. 132. Præscriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas præscribuntur, plus quam manifestum est. — Voyez des exemples de ces præscriptiones, l. 18, § 2. D. *Famil. ercis.*, X, 2. — l. 18, D. *de Don.*, XXXIX, 5. — l. 2, § 2. l. 19, § 2. D. *de Prec.*, XLIII, 26. CIC. *de Or.* 1. 37.

[24] C'est ce que prouve la loi *Rubria*, qui détermine en certains points les procédures à suivre dans la Gaule Cisalpine.

[25] CIC., *Divin.*, 17; *in Verr.*, III, 22, 28.

CHAPITRE III.

Des différentes espèces d'Actions.

Suivant la différence de leur objet, les actions (*actiones*, dans le sens le plus général du mot [1]) différaient et à l'égard du mode de procédure à suivre et à l'égard même du nom qui les distinguait. Mais comme à l'époque la plus florissante de la jurisprudence il n'y eut pas de classification générale qui les embrassât toutes, il faut nous contenter de les exposer dans un ordre librement choisi. On peut ramener toutes les actions à deux classes principales : les actions qui doivent être conduites suivant les règles ordinaires des *legis actiones* ou de la procédure formulaire, et les actions qui nécessitent des procédures particulières. A la première classe appartiennent l'*in rem actio* ou *vindicatio* [2], l'action person-

[1] L. 178, § 2. *D., de V. S.*, l. 16. *Actionis* verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed plerumque *actiones* personales solemus dicere; *petitionis* autem verbo in rem actiones significari videntur; *persecutionis* verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum, et si quæ aliæ sunt quæ non habent juris ordinarii executionem. — l. 37, *pr.* D. *de O. et A.* XLIV, 7. *Actionis* verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, præjudicium, sicut ait Pomponius, stipulationes etiam quæ prætoriæ sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum, et si quæ similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur.

[2] Gaius, IV, 5. Appellantur autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones quibus *dare fierive oportere* intendimus, condictiones. — l. 25, *pr. de O. et A.*, XLIV, 7. — L'action réelle prend aussi quelquefois le nom de *petitio*, l. 28, D. *de O. et A.* : *Actio* in personam infertur, *petitio* in rem, *persecutio* in rem vel in personam rei persequendæ gratia.

[illegible] les
[illegible] on
[illegible] de li-

[illegible] simule, les
[illegible] que le
[illegible] que la
[illegible] r-
[illegible] à Vela-

[illegible]

[illegible] adversarius [illegible] prætor [illegible] judicabat : [illegible] respondebat : Jus [illegible] indicaverat dicebat : [illegible] adver- [illegible] Postea [illegible] interim [illegible] prædes adversario [illegible] alios autem prædes [illegible] in publicum cede- [illegible] signa quædam justi dominii [illegible] ex hostibus cepissent.

[illegible] de vindiciæ. [illegible] rebus controversia, quod potius [illegible] M. Cato in ea quam [illegible] populum vindicias di- [illegible] *neque numen vere-* [illegible] *vindiciæ* enim dicebantur illæ [res], [illegible] At Ser. Sulpitius [nomine] jam [illegible] esse ait, qua de re controversia est, ab eo [illegible]... et in XII : *Si vindiciam falsam tulit* [rei] *sive litis..* [illegible] *dato; eorum arbitrio... fructus duplione damnum deci-*

mait comme sa propriété en simulant d'en venir aux mains[7]; le préteur ordonnait aux deux parties de laisser la chose, et sur le bien ou mal fondé de la demande leur faisait engager une *sponsio* dans la forme ordinaire du *sacramentum*; puis, après que le magistrat avait à son gré adjugé à l'une des parties la possession intérimaire, moyennant caution[8], la procédure prenait son cours ordinaire. Quand l'objet du litige était un immeuble, les parties, quittant le tribunal, se rendaient sur le terrain contesté[9]; là, en présence

[7] C'est ce que les XII Tables nommaient *in jure manum conserere*. GELLIUS, XX, 10. *Ex jure manum consertum*, verba sunt ex antiquis actionibus, quæ cum lege agitur, et vindiciæ contenduntur, dici nunc quoque apud prætorem solent... Manum conserere est de qua re disceptatur, in re præsenti, sive ager, sive quid aliud esset, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare. Vindicia, id est, correptio manus in re atque loco præsenti apud prætorem ex XII Tabulis fiebat; in quibus ita scriptum est : *Si qui in jure manum conserunt*. Sed postquam prætores, propagatis Italiæ finibus, datis jurisdictionibus, negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est contra XII Tabulas tacito consensu, ut litigantes non in jure apud prætorem manum consererent, sed ex jure manum consertum vocarent, id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret : atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad prætorem deferrent, et in ea gleba tanquam in toto agro vindicarent. Idque Ennius significare volens, ait, non ut ad prætorem solitum est agi legitimis actionibus, neque ex jure manum consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida. Quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem et festucariam, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, cum vi bellica et cruenta.

[8] C'est ce qui se disait *vindicias dicere*. GAIUS, IV, 16. GELLIUS, XX, 10.

[9] C'est ce qui se disait *ex jure manum consertum vocare*. GELL., XX, 10.—CIC., *pro Murena*, c. 12, détaille en se moquant ces formalités de l'antique procédure : Cum hoc fieri bellissime posset : *Fundus sabinus meus est, immo meus;* deinde judicium ; noluerunt. *Fundus*, inquit, *qui est in agro qui Sabinus vocatur* satis verbose : cedo, quid postea? *Eum ego ex jure Quiritium, meum esse aio.* Quid tum? *Inde ego te ex jure manum consertum voco.* Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille, unde petebatur, non habebat. Transit idem jureconsultus, tibicinis Latini modo : *Unde tu me*, inquit, *ex jure manum consertum*

de témoins (*superstites*)[10], elles exécutaient leur combat symbolique; et comme il n'y avait point de préteur pour imposer la paix, un des prétendans consentait à se laisser traîner comme de vive force devant le magistrat[11]; on avait soin en même temps d'apporter en justice une motte du terrain[12], et la *vindicatio* se faisait sur cette portion comme si l'objet du litige eût été présent tout entier[13]. Quand les immeubles étaient éloignés, les parties, pour s'éviter les frais d'un double voyage, pouvaient à l'avance, et avant que de se rendre à Rome, accomplir leur combat sur le fonds de

vocasti, inde ego te revoco. Prætor interea ne pulchrum se ac beatum putaret, atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est, cum ceteris rebus absurdum, tum vero [nullo usu] *Utrisque superstitibus* [præsentibus] *istam viam dico : inite viam.* Præsto aderat sapiens ille, qui inire viam doceret. *Redite viam;* eodem duce redibant. Hæc jam tum apud illos barbatos ridicula, credo, videbantur; homines, cum recte atque in loco constitissent, juberi abire, ut unde abissent, eodem statim redirent. — VARRO *de Ling. lat.*, V, 7.

[10] FESTUS. *Superstites* testes præsentes significat; cujus rei testimonium est, quod superstitibus præsentibus, ii, inter quos controversia est, vindicias sumere jubentur. Plautus in Artemone. *Nunc mihi licet quidvis loqui; nemo hic adest superstes.*

[11] Cette violence de convention se nomme *deductio quæ moribus fit* dans Cicéron *pro Cæcina*, I, 7, 32; *pro Tullio*, XX (16). On trouve aussi les expressions *ex conventu vim fieri.* CIC., *pro Cæcina*, 8; *vis civilis et festucaria.* GELL., XX, 10.

[12] Cette motte symbolique portait le nom de vindiciæ. FESTUS, V° *Vindiciæ* (*sup.*, n. 6); *Superstites* (*sup.*, n. 10).

[13] GELLIUS, XX, 10. (*Sup.*, n. 7.) GAIUS, IV, 17. Si qua res talis erat, ut [non] sine incommodo posset in jus adferri vel adduci, velut si columna, aut grex alicujus pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur : deinde in eam partem, quasi in totam rem præsentem, fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in jus adferebatur : ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter si de fundo vel de ædibus, sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem præsentem fiebat vindicatio; velut ex fundo gleba sumebatur, et ex ædibus tegula, et si de hereditate controversia erat, æque...

terre [14], et alors on simulait devant le préteur l'aller et le retour sur le terrain contesté [15].

Dans la procédure formulaire voici la forme que prit la vindication : le demandeur qui voulait réclamer la chose comme sienne de droit quiritaire, provoquait par une *sponsio* le possesseur à lui promettre une certaine somme pour le cas où la demande serait fondée ; en même temps ce possesseur devait stipuler et cautionner la reddition de la chose et des fruits. En apparence, la demande et la procédure n'avaient trait qu'à la *sponsio*, mais en réalité après la condamnation on ne réclamait pas au défendeur la somme d'argent de la *sponsio*, et le demandeur se servait du *prejudicium* contenu dans le jugement pour, en vertu de cette stipulation, obtenir la chose elle-même [16]. Il y eut une voie plus simple encore, ce fut celle qu'ouvrit la *formula petitoria*. Dans cette formule, la demande et le jugement s'attaquaient directement à la propriété, et le défendeur

[14] Cic., *pro Cæcin.*, 7 ; *pro Tullio*, XX (16).

[15] Cic., *pro Muren.*, 12. (*Sup.*, n. 9.)

[16] Gaius, IV, 93. Per sponsionem vero hoc modo agimus : provocamus adversarium tali sponsione : Si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? Deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dare oportere : qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. 94. Nec tamen hæc summa sponsionis exigitur ; non enim pœnalis est, sed præjudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur :..... Inde autem appellata est pro præde litis vindiciarum stipulatio ; quia in locum prædium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est, pro re et fructibus a possessore petitori dabantur. — Cic., *in Verr.*, II, 45. *Pseudo Ascon. h. l.* Lis vindiciarum est, cum litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor : et ideo, qui eam tenet, dat pro præde litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium esset, rursus sponsione ipse provocatus ab adversario certæ [pecuniæ] aut æstimationis [quam] amittat, si sua sit hereditas de qua contendit. *Prædes* ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est, ne interea qui tenet diffidens causæ possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat.

stipulait en termes généraux qu'il obéirait au jugement [17]. La formule par laquelle on revendiquait la propriété prétorienne et celle de l'action publicienne étaient imitées de cette *formula petitoria* [18]. Du reste, quand une revendication se portait devant les centumvirs (ce qui dépendait, ce semble, du libre choix des parties), la procédure même à l'époque impériale s'engageait devant le préteur, par l'ancienne forme du *sacramentum* et du combat simulé [19]. Une hérédité se revendiquait comme une chose corporelle, soit devant les centumvirs par la forme du *sacramentum* [20], soit devant le préteur par une *sponsio* [21], ou par la *petitoria formula* [22]. La vindication des servitudes était soumise aux mêmes formes. Également les procès sur la question de liberté s'engageaient à l'origine par le *sa*-

[17] Gaius, IV, 41 (*sup.*, c. 2, n. 19), 89. Si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes : æquum enim visum est [te] de eo quod interea tibi rem quæ an ad te pertineat dubium [est] possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere, ut si victus sis, rem nec ipsam restituas, nec litis æstimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis. 91. Ceterum cum in rem actio duplex sit (aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem), si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quæ appellatur judicatum solvi; si vero sponsionem, illa quæ appellatur pro præde litis et vindiciarum. 92. Petitoria autem formula hæc est, qua actor intendit *rem suam esse*.—Cic., *Verr.* II, 12.

[18] Gaius, IV, 34, 35, 36 (*sup.*, c. 2, n. 18).

[19] Gaius, IV, 31 (*sup.*, c. 2, n. 9—95.) Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem : sacramento enim reum provocamus, eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit... Gellius, XX, 10.

[20] Gaius, IV, 17 (*sup.*, n. 13). l. 12, C. *de Petit. hered.*, III, 31, *pr.* Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio adsumebatur, quæ tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei præjudicium. Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi.

[21] Cic., *in Verr.*, II, 45.

[22] L. 3, D. *de Hered. petit.*, V, 3, l. 10 *ibid.* Qui ex asse, vel ex parte, heres est, intendit quidem *hereditatem suam esse* totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio judicis restituitur, quod adversarius possidet, aut totum si ex asse sit heres, aut pro parte ex qua heres est.

cramentum. Le demandeur revendiquait *in servitutem* la personne objet du litige; l'*assertor*, défenseur de l'intimé, le revendiquait *in libertatem* [23]. Du reste, il y avait ceci de particulier dans cette procédure que jusqu'à la décision de l'affaire la provision était toujours pour la liberté [24]. Cette forme du *sacramentum* nous la retrouvons mentionnée dans les questions de liberté qui se portaient devant les décemvirs [25]. Quand l'affaire se portait devant les récupérateurs [26], cette ancienne forme était remplacée par une *sponsio* ou par la *formula petitoria*. Mais de l'ancienne procédure il se conserva toujours et la provision pour la liberté [27] et la nécessité de l'*assertor* [28], représentant indispensable qui ne fut supprimé que par Justinien [29]. Quand les voix des juges étaient partagées, une loi *Junia Petronia*, probablement du règne d'Auguste, ordonnait de prononcer en faveur de la liberté [30]; et même quand le jugement était contre la liberté, si un tiers offrait rançon pour le condamné, la loi voulait que ce condamné fût

[23] Gaius, IV, 14 (*sup.*, c. 2, n. 4). Festus. *Sertorem* quidam dictum putant a prendendo, quia cum cuiqam adserat manum educendi ejus gratia ex servitute in libertatem, vocetur adsertor. — Theoph., IV, 10, *pr.* Πάλαι γὰρ οὐκ ἦν ἐν πολιτείᾳ τὸ δύνασθαι alieno nomine κινεῖν, εἰ μὴ ἐπὶ φανερῶν αἰτιῶν· οἷον... ὑπὲρ ἐλευθερίας, ἐπειδὴ γὰρ ἐν νομῇ τις ὑπάρχων δουλείας, καὶ ἀναφωνῶν εἰς ἐλευθερίαν, οὐκ ἠδύνατο δι' ἑαυτοῦ τὴν δίκην εἰσιέναι, ἵνα μὴ κινουμένου δικαστηρίου ἀποδειχθῇ δοῦλος, καὶ συμβῇ ἐξ ἀποτελέσματος δοῦλον ἀγωνίζεσθαι πρὸς δεσπότην, διὰ τοῦτο ἕτερος εἰσίει τὴν δίκην ὑπὲρ αὐτοῦ, ὅστις καὶ ἐλέγετο assertor.— Livius, III, 44—48. Denys, XI, 29—37.

[24] L. 2, § 24. D. *de O. J.*, I, 2.— Denys, XI, 30.

[25] Cic., *pro Cæcina*, 33; *Declam. pro domo*, 29.

[26] Plaut., *Rudens*, V, 1. v. 2. Suet., *Vespas.*, 3; *Domitian.*, 8.

[27] L. 24, *pr.* D. *de Liberali causa*, XL, 12. l. 25, § 2, *ibid.*

[28] Paul, *Sent. recept.*, V. 1, § 5. l. 1, 4, 5 (5, 8, 9). *C. Th.*, *de Liber. caus.*, IV, 8.

[29] L. 1. C. *de Assert. toll.*, VII, 17.

[30] L. 24. D. *de Manum.*, XL, 1. Lege Junia Petronia, si dissonantes pares judicum existant sententiæ, pro libertate pronuntiari jussum. — l. 38, *pr. de re jud.* D. XLII, 2. Inter pares numero judices si dissonæ sententiæ proferantur, in liberalibus quidem causis, secundum quod a Divo Pio constitutum est, pro libertate statutum obtinet, in aliis autem causis pro reo; quod et in judiciis publicis obtinere oportet.

libre. Mais en ce cas, il n'obtenait que le *jus latinitatis*, et Justinien fut le premier qui lui donna le droit de cité [31]. Un sénatus-consulte Junien, du règne de Domitien, établit des peines contre la fraude du maître qui simulait un procès pour transformer en ingénu un esclave favori [32]. D'autre part, la loi protégeait la possession d'état en défendant d'attaquer après cinq ans l'état civil d'une personne morte en saisine de sa liberté [33].

Les actions personnelles s'intentaient à l'origine par la forme générale du *sacramentum* ou par celle de la *postulatio judicis* [34]. Plus tard, il y eut une *actio legis* particulière pour les demandes dans lesquelles *intendimus dare nobis oportere*. Le demandeur, au moyen d'une simple dénonciation faite devant le magistrat, obligeait le défendeur à se présenter dans les trente jours pour recevoir un *judex*. De la dénonciation cette forme nouvelle prit le nom de *condictio* [35]. Elle fut d'abord introduite par une loi *Silia* pour les actions qui avaient pour

[31] L. *un.* § 8, C. *de latina libert. tollenda*, VII, 6.

[32] L. 1, D. *de Collus. deteg.*, XL, 16. Ne quorumdam dominorum erga servos nimia indulgentia inquinaret amplissimum ordinem, eo quod paterentur servos suos in ingenuitatem proclamare, liberosque judicari, senatus-consultum factum est Domitiani temporibus, quo cautum est, ut si quis probasset, per collusionem quidquam factum, si iste homo servus sit, fieret ejus servus, qui detexisset collusionem. — *L.* 2, *C. eod.*, VII, 20. Libertinæ conditionis constitutis privatis pactis immutare statum suum non licere, Juniano senatus-consulto, contra collusorem pœna statuta, præmioque detegenti promissa, manifeste declaratur.

[33] L. 1, D. *ne de statu def.*, XL, 15 *pr.* De statu defunctorum post quinquiennium quærere non licet, neque privatim, neque fisci nomine. *L.* 4, *ibid.* Primus omnium Divus Nerva edicto vetuit, post quinquiennium mortis cujusque de statu queri. — *L.* 4, *l.* 8, C. *eod. tit.*, VII, 21. — CAPITOLIN., *M. Anton.*, c. 10.

[34] GAIUS, IV, 13, (*sup.*, *c.* 2, n. 3), 20.

[35] GAIUS, IV, 18. Et hæc quidem actio proprie condictio vocabatur : nam actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset. Nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam [qua] intendimus *dare nobis oportere*, nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. — FESTUS. *Condicere* est dicendo denuntiare. *Condictio* in diem certum ejus rei quæ agitur denuntiatio.

objet une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*); puis une loi Calpurnia la rendit applicable à toutes les demandes d'objet déterminé [36] (*de omni certa re*). Dans la procédure formulaire, cette forme ancienne fut remplacée par la formule conçue : *Si paret dare oportere;* cette formule conserva, quoique improprement, le nom de *condictio*, et on distingua la *condictio certi* et la *condictio incerti* suivant que l'objet de la demande était une chose corporelle ou incorporelle [37]. La *condictio certæ pecuniæ* resta toujours caractérisée par la rigueur toute particulière de la procédure [38]. Pour les

[36] GAIUS, IV, 19. Hæc autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam. Lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re. 20. Quare autem hæc actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quæritur.

[37] Sur ce point délicat voyez WALTER, *Histoire du droit privé*, ch. XII, *n.* 21-28. *Zimmern*, III, 62.

[38] C'est ce que prouve la *Lex Rubria de Gallia Cisalp.* c. 21. A quocumque pecunia certa credita, signata forma publica populi Romani, in eorumque oppido, municipio, colonia, præfectura, etc, quæ sunt eruntve in Gallia cisalpina petetur, quæ res non pluris HS. XV erit, si is eam pecuniam in jure, apud eum qui ibi juri dicundo preærit, ei qui eam petet (aut ei, cujus nomine ab eo petetur) dare oportere debere se confessus erit, neque id, quod confessus erit solvet, satisve faciet, aut se sponsione judicioque utive oportebit non defendet, — sive is ibi de ea re in jure non responderit, neque de ea re sponsionem faciet, neque judicio uti oportebit se defendet, — tum de eo a quo ea pecunia petita erit, deque eo cui eam pecuniam dare oportebit, sirems res, lex, jus, causaque omnium rerum esto, atque uti esset esseve oporteret, si is qui ita confessus erit, aut de ea re non responderit, aut se sponsione judicioque uti oportebit non defenderit, ejus pecuniæ ei qui eam suo nomine petierit, cuive eam dare oportebit, ex judiciis datis, judicareve recte jussis jure lege damnatus esset fuisset.

Quicumque II vir, IIII vir, præfectusve ibi juri dicundo præerit, is eum qui ita quid confessus erit, neque id *etc, etc.* tantæ pecuniæ, quanta ea pecunia erit, de qua tum inter eos ambigatur, dumtaxat HS. XV sine fraude sua duci jubeto : quique eorum quem, ad quem ea res pertinebit, duxerit, id ei fraudi pœnæve ne esto : quodque ita factum, actum, jussum erit, id jus ratumque esto.

Quominus in eum, qui ita vadimonium Romam ex decreto ejus qui ibi

actions dans lesquelles *intendimus adversarium facere oportere*, on employa tantôt une formule (*formula incerta, actio incerti*) rédigée en termes généraux et indéterminés *dare facere oportere* [39], tantôt quelques-unes de ces nombreuses

juri dicundo præerit, non promiserit, aut vindicem locupletem ita non dederit, ob eam rem judicium recuperatorium is, qui ibi juri dicundo præerit ex hac lege det, judicarique de ea re ibi curet, ex hac lege nihil rogatur.

Voyez encore *Lex.* 1 *Tab. Heracl., lin.* 44. — Cic., *pro Rosc. comæd.* c. 4. Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem; inque legitimæ partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS. nummo uno petisti quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est pecuniæ certæ; arbitrium incertæ. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus : ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex : *Si paret HS.* 700 *dari oportere.* Hic nisi planum facit HS. 700 ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum : *Quantum æquius melius id dari.* Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur; sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitrio tribuatur. Itaque causæ alter confidit, alter diffidit. — Cic., *adv. Rull.* I, 1. — Gaius, IV, 13. (*Sup.* 2. *c.* n. 3), 171. Ex quibusdam causis sponsionem facere permittit (prætor), velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certæ quidem pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ partis dimidiæ. — l. 1. *pr.* D., *de Cond. tritic.*, XIII, 3. — *Certa credita pecunia* ne signifie pas seulement le prêt d'une somme d'argent, comme Savigny le suppose dans son *Mémoire sur la législation du prêt* chez les Romains; ces mots désignent toutes dettes pecuniaires d'un chiffre certain. Gaius, III, 124. Appellatione autem pecuniæ omnes res in ea lege (Cornelia) significantur, itaque si vinum vel frumentum, et si fundum vel hominem stipulamur, hæc lex observanda est. l. 1, 2, § 3, 5, D, *de reb. cred.*, XII, 1.

[39] Gaius, IV, 54. Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse quia cum certa quantitas non petatur, sed *quidquid adversarium dare facere oporteret* intendatur, nemo potest plus intendere. *Ibid.*, 131. (*Sup.*, *c.* 2, n. 23), 136. Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut præscriptio incerta sit formulæ loco demonstrationis, hoc modo : Judex esto quod A. A. de N. N. incertum stipulatus est, cujus rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oporteret, et reliqua.

formules qui prenaient le nom des affaires spéciales auxquelles elles étaient consacrées [40]. Certaines de ces actions se distinguaient par des priviléges particuliers. Par exemple, en certains cas déterminés par des lois spéciales, on pouvait réclamer une dette au moyen d'une *legis actio*, par la *manus injectio ;* quelquefois cette *manus injectio* avait un effet aussi puissant que si elle reposait sur un *judicatum ;* d'autres fois ces effets étaient beaucoup moins rigoureux ; plus tard même une loi spéciale, dont le nom ne nous est pas connu, fit de cet adoucissement la condition générale de toute *manus injectio* [41].

[40] Cic., *pro Rosc. comœd.*, c. 8.—Gaius, IV, 33. Nulla... formula ad condictionis fictionem exprimitur; sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, cum ipsam dari nobis oportere intendimus, nullam adhibemus condictionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis *dari oportere* intendimus, sua vi ac potestate valere. Ejusdem naturæ sunt actiones commodati, fiduciæ, negotiorum gestorum, et aliæ innumerabiles. *Ibid.* 46, 47 (*sup.*, *c.* 2, n. 13.)

[41] Gaius, IV, 21. Per manus injectionem æque [de] his rebus agebatur de quibus, ut ita ageretur, lege aliqua cautum est ; velut judicati, lege XII Tabularum. Quæ actio talis erat : qui agebat sic dicebat : Quod tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium X. millia quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X. millium judicati manus injicio, et simul aliquam partem corporis ejus prendebat. Nec licebat judicato manum sibi depellere, et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore, et vinciebatur. — 22. Postea quædam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset, [si] in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu, adversus eum qui a sponsori plus quam virilem partem exegisset ; et denique complures aliæ leges in multis causis talem actionem dederunt. — 23. Sed aliæ leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus injectionem puram id est non pro judicato : velut lex [Furia] testamentaria adversus eum qui legatorum nomine mortisve causa plus M. assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus ut ei plus capere liceret : item lex Marcia adversus feneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus injectionem cum eis ageretur. — 24. Ex quibus legibus, et si quæ aliæ si-

Quelques autres créances étaient tellement favorisées qu'on pouvait agir par *pignoris capio* faite extra judiciairement et d'autorité privée. Ce privilége, une ancienne coutume l'avait donné aux soldats contre celui qui, d'après l'assignation faite par le tribun de l'ærarium, leur devait fournir la solde ou le prix du cheval et du fourrage [42] (*æs militare, æs equestre, æs hordearium*). Les lois des Douze Tables et quelques autres étendirent ce privilége à d'autres cas [43]. Il fut

miles essent, cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere licebat. Nam et actor in ipsa legis actione non adjiciebat hoc verbum PRO JUDICATO; sed nominata causa ex qua agebat, ita adjiciebat OB EAM REM EGO TIBI MANUM INJICIO : cum hi quibus pro judicato actio data erat, nominata causa ex qua agebant, ita inferebant : OB EAM REM EGO TIBI PRO JUDICATO MANUM INJICIO. Nec me præterit in forma legis Furiæ testamentariæ PRO JUDICATO verbum inseri, cum in ipsa lege non sit: quod videtur nulla ratione factum.— 25. Sed postea lege.... excepto judicato, et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus injectionem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se lege agere : itaque judicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur; istaque quamdiu legis actiones in usu erant semper ita observabantur. Unde nostris temporibus is, cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisdare cogitur.— Il ne faut pas confondre cette *manus injectio*, qui avait toujours lieu *in jure*, avec cette *manus injectio* extrajudiciaire qui s'exerçait en certains cas contre les esclaves, l. 9, D. *de Serv. export.*, XVIII, 7. *Fragm. Vat.*, § 6. WALTER, *Hist. du droit privé*, ch. XII.

[42] WALTER, *Hist. de la constitution*, ch. IV, note 37-39. GAIUS, 26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, lege, 27. Introducta est moribus rei militaris; nam propter stipendium licebat militi ab eo, qui æs tribuebat, nisi daret, pignus capere. Dicebatur autem ea pecunia quæ stipendii nomine dabatur, æs militare. Item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat; quæ pecunia dicebatur æs equestre; item propter eam pecuniam ex qua hordeum equis erat comparandum : quæ pecunia dicebatur æs hordiarium.

[43] GAIUS, IV, 28. Lege autem introducta est pignoris capio, velut lege XII Tabularum adversus eum qui hostiam emisset, nec pretium redderet; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium impenderet. Item lege.... oria data est pignoris captio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent. 29 (*sup.*, c. 2, n. 29).

notamment donné aux publicains en matière de levée d'impôt [44]. Plus tard, les publicains avaient encore à cet effet une formule toute spéciale où se retrouve une fiction de gage [45].

A une époque assez avancée de la jurisprudence on donna le nom d'*actiones mixtæ* aux demandes à fin de partage parce qu'elles embrassaient à la fois et une chose et des prestations personnelles [46]. *Quædam actiones*, dit Justinien, *mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam.* Dans les premiers temps, la procédure se faisait par *sacramentum* ou par *postulatio judicis*. A l'époque formulaire voici comment s'instruisaient ces demandes. Dans la partie de la formule, nommée l'*adjudicatio*, le juge était chargé de faire les parts. QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX ADJUDICATO [47]; dans la *condemnatio*, il décidait des prestations personnelles. Il est évident qu'en ce cas il eût été inutile de lui donner pouvoir d'absoudre [48].

Un *præjudicium* était une action dont le seul but était de faire décider la vérité d'une assertion. Ici donc la formule consistait simplement en une *intentio* non suivie de *condemnatio* [49]. On chargeait le juge de décider, par cette forme de *præjudicium*, non-seulement des questions de droit telles que

[44] CIC., *in Verr.*, III, 11. GAIUS, IV, 28, à la note précédente.

[45] GAIUS, IV, 32... in ea forma quæ publicano proponitur, talis fictio est ut *quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quod captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.*

[46] § 20, Inst., *de Act.*, IV, 6.—THÉOPHILE, IV, 6, § 20.—l. 22, § 4, D. *Famil. erscisc.*, X, 2. Familiæ ersciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus quæ sunt personales actiones.—l. 4, § 3, D. *comm. divid.*, X, 3. Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præstationes veniunt; et ideo si quis impensas fecerit, consequatur.—*Actio mixta* se trouve employée dans un sens différent du nôtre, *l.* 37, § 1, D, *de Oet. A.* XLIV, 7. Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est ut puta finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, interdictum *Ut possidetis, Utrubi.*

[47] GAIUS, IV, 42 (*sup.*, c. 2, n. 19).

[48] Voyez sur ce point G. HASSE dans le *Rhein. museum*, VI, 172, 179.

[49] GAIUS, IV, 44 (*sup.*, c. 2, n. 20). THÉOPHILE, IV, 6, § 13. Præjudicium δέ ἐστι τύπος ἀπὸ ἰντεντίωνος μόνης συγκείμενος, οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ.

les controverses relatives à l'ingénuité, la libertinité ou la paternité[50]; mais encore de simples questions de fait[51] telles que le chiffre d'une caution ou d'une dot. Dans cette procédure, le demandeur était celui dont l'*intentio* reproduisait la demande[52].

Une autre division plus générale des actions, mais qui cependant ne les comprend pas toutes[53] est celle qui les distingue en actions *stricti juris,* où on jugeait d'après la lettre même, et en actions *bonæ fidei,* où l'on jugeait d'après l'équité et la bonne foi[54]. Il est certain qu'à l'origine le préteur décidait en chaque cas et par la formule même si le juge déciderait le litige, comme *judex*, en se tenant strictement à la demande, ou comme *arbiter*[55], c'est-à-dire avec une certaine liberté et en tenant compte des règles de l'équité comme de la bonne foi des parties[56]. C'était d'après cette division qu'étaient désignées dans l'édit les formules particulières à cha-

[50] § 13. Inst. *de Act.*, IV, 6.— l. 5, § 18. D. *de Agn. liber.*, XXV, 3. —l. 1, § 2. D. *de Rei vind.*, VI, 1.—l. 30. D. *de Reb. aut jud.*, XLII, 5.

[51] GAIUS, III, 123; IV, 44 (*sup.* 2, n. 20). PAUL, *Sent.*, V, 9, § 1.

[52] L. 12. D. *de Except.*, XLIV., Generaliter in præjudiciis is actoris partes sustinet qui habet intentionem, secundum id, quod intendit.

[53] C'est ce qui résulte du § 28, Inst., *de Act.*, IV, 6. l. 5, *pr.* § 4. D. *de in Lit. jur.*, XII, 3. In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judiciis in litem juratur.

[54] GAIUS, IV, 61. [In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex equo et bono æstimandi, quantum actori restitui debeat, in quo et illud] continetur, ut habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, in reliquum eum cum quo actum est condemnare. 62. Sunt autem bonæ fidei judicia hæc : ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutelæ [rei uxoriæ, commo]dati. 63. In his quidem judici nullo mo[do est injunc]tum compensationis rationem habere; neque enim formulæ verbis præcipitur; sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur.

[55] *Sup.*, ch. 1, n. 9.

[56] VAL. MAX., III, 2, 1, CIC., *de Offic.*, III, 16, donnent des exemples de ces *arbitria.*—SENEC., *de Clem.* II 7. Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex æquo et bono judicat, et absolvere illi licet et quanti vult taxare litem.

que genre d'affaires[57], et ainsi se trouvait indiqué par avance si la question devait être soumise à un *judicium* ou à un *arbitrium*[58].

Étaient *stricti juris* les actions dont la cause était une obligation unilatérale[59], un contrat *litteris aut verbis*[60], par exemple, même quand l'objet de ces contrats était un *incertum*[61]; le *mutuum*[62] donnait aussi l'*actio stricti juris* quoique l'obligation découlât du droit naturel[63]; le *constitu-*

[57] GAIUS, IV, 47 (*sup.*, c. 2, n. 14).

[58] Pour se faire une idée nette du caractère distinct du *judicium* et de l'*arbitrium*, il faut lire les passages suivans. CIC., *pro Roscio com.*, c. 4, (*sup.*, c. 3. n. 38.) c. 9. *Topic.* 17. Privata... judicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia... In omnibus igitur iis judiciis in quibus *ex fide bona* est additum; ubi vero etiam *ut inter bonos bene agier oportet*; imprimisque in arbitrio rei uxoriæ in quo est: *quod æquius melius*, parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi æquum, bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset, ei cujus ea negotia fuissent; quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri præstare oporteret; quid virum uxori: quid uxorem viro, tradiderunt.— *De Offic.*, III, 15, 17. Sed quid sint *boni* et quid sit *bene agi* magna quæstio est. Q. quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur *ex fide bona*: fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitæ societas contineretur: in his magni esse judicis statuere (præsertim cum in plerisque essent judicia contraria) quid quemque cuique præstare oporteret. SENEC., *de Benef.*, III, 7; *de Clementia*, II, 7.

[59] WALTER, *Hist. du droit privé*, ch. 13.

[60] CIC., *pro Rosc. comœd.*, c. 4, 5. — l. 5, *pr.* D. *de in lit. jur.*, XII, 3 (*sup.*, n. 53), § 4, *ibid.* Plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit, quia judex æstimare sine relatione juris jurandi non potest rem quæ non extat. — L. 6. Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur non solet in litem jurari.

[61] L. 3, D. *Siquis in jus.*, II, 5. — l. 27, § 7. D. *de Recept.*, IV, 8. — l. 4, *pr.* D. *de Usur.*, XXII, 1,—*pr.*, Inst. *de V. O.* III, 15. Ainsi une *actio incerti* n'était pas nécessairement un *actio bonæ fidei*.

[62] THÉOPHILE, IV, 13, § 3... στρίκταν οὖσαν τὴν ἀγωγήν.

[63] GAIUS, III, 132, § 2. Inst. *de Jure nat.*, I, 2. Les contrats de droit des gens n'étaient donc pas nécessairement *bonæ fidei*.

tum était en ce point assimilé au *mutuum* [64]. Au contraire, tous les engagemens du commerce ordinaire étaient considérés comme ayant la bonne foi pour base commune, et le *judex*, dans les actions résultant de ces contrats, devait avoir égard à ce que le défendeur pouvait réclamer de son côté, en vertu du contrat qui liait les deux parties [65]. La *condictio* était *stricti juris* ou *bonæ fidei* suivant que le contrat sur lequel elle se fondait avait l'un ou l'autre de ces caractères [66].

CHAPITRE IV.

De la Litiscontestation et des Exceptions.

Dans la procédure des *legis actiones*, après que l'objet du litige avait été déterminé devant le magistrat par le dire des parties, le *judicium* ainsi constitué, les deux adversaires s'obligeaient, en présence de témoins par eux appelés, à suivre sur la demande et à rester dans l'instance jusqu'au jugement. Cet engagement constituait la *litis contestatio* [1]. Cette forma-

[64] GAIUS, IV, 171 (*sup.*, n. 38).

[65] CIC., *de Offic.*, III, 17. *Topic.*, 17 (*sup.*, n. 58). GAIUS, IV, 61, 62 (*sup.*, n. 54), § 30, 39. Inst., *de Act.*, IV, 6.

[66] Ainsi la condictio *ex mutuo* était *stricti juris* (THEOPH., IV, 13, § 3); elle était *bonæ fidei* en d'autres cas. l. 28, § 4. D. *de Jurej.*, XII, 2. l. 50, *pr.* D. *de Jure dot.*, XXIII, 3. Quelquefois la *condictio* n'a ni l'un ni l'autre de ces caractères; telle est par exemple la *condictio furtiva*, ou la *condictio ex lege Aquilia*. l. 9, § 1. D. *Si certum petet*, XII, 1. L'opinion généralement reçue que les *condictiones* sont toujours *stricti juris* est donc erronée. La distinction que nous venons de faire résout l'antinomie qui existe entre la l. 22, D. *de Reb. cred.* (XII, 1), et l. 3, D. *de Cond. tritic.*, XIII, 3.

[1] FESTUS. *Contestari* est cum uterque reus dicit : *Testes estote.* Contestari litem dicuntur duo, aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : *Testes estote.* — *Judicium acceptum*, *contestatum* sont des expressions synonymes. Que la litis contestation se

lité se maintint dans le système formulaire; ce fut en quelque sorte la conclusion des procédures faites devant le préteur et l'ouverture du *judicium*[2]. Cette litis-contestation mérite une grande attention par l'influence singulière qu'elle exerçait sur les procédures et sur le droit même des parties. Cette règle invariable des procédures qui allaient s'engager, règle établie du consentement des deux parties, à l'analyser scientifiquement ce n'était rien moins qu'une obligation, obligation nouvelle qui remplaçait et détruisait à tout jamais l'action originaire, soit directement en prenant par une novation toute la substance de l'action[3], soit indirectement en paralysant la demande par une exception.

La litiscontestation opérait par novation quand on agis-

fit *in jure*, c'est ce que prouve Gellius, V. 10. La l. *un*... C. *de Lite contesta*, III, 9. Lis... tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire ceperit, ne se rapporte qu'à la jurisprudence des derniers temps de l'empire.

[2] Cic., *pro Rosc. comœd.*, c. 11. — l. 16. l. 17. D. *de Procur.*, III, 3. Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratorem, vel ipsi domino judicium accipiendi. — Post litem contestatem reus, qui procuratorem dedit mutare quidem eum, vel in se litem transferre a vivo procuratore, vel in civitate manente potest, causa tamen prius cognita. — l. 25, § 8, *de Ædilit. edict.*, XXI, 1. Item sciendum est, hæc omnia quæ exprimuntur edicto ædilium, præstare eum debere, si ante judicium acceptum facta sint; idcirco enim necesse habuisse enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, præstaretur, ceterum post judicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in judicio versatur, et tam fructus veniunt, quam id, quo deterior factus est, ceteraque veniunt; judici enim statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcumque in judicio versantur; ea autem quæ ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

[3] L. 29. D. *de Novat.*, XLVI, 2. Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelæ si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata; neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quæ tempore vel morte finiri possunt.—*Fragm. Vat.*, § 263... nchoatis litibus actiones novavit.

sait *legitimo judicio* pour un droit personnel et avec une formule *in jus concepta;* elle opérait par exception toutes les fois qu'on agissait *imperio continenti judicio* et encore lorsqu'on agissait *legitimo judicio,* soit pour un droit réel, soit par une formule *in factum concepta*[4]. Ce caratère de la litiscontestation nous explique pourquoi cette formalité interrompait la prescription et perpétuait pour et contre les héritiers des droits qui autrement se seraient éteints par la mort d'une des parties[5]. Du reste on pouvait encore, après la litiscontestation, transférer le *judicium* à une autre personne quand les circonstances le rendaient nécessaire[6]. En quelle

[4] GAIUS, III, 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri : e hoc est quod apud veteres scriptum est : *ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.* 181. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo DARE MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit; aliter atque si imperio continenti judicio egerim : tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatæ vel in judicium deductæ summoveri. IV. 106. Et si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula [quæ] in factum concepta est, sive ea quæ in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest : et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ. 107. At vero si legitimo judicio in [personam] actum sit ea formula, quæ juris civilis habet intentionem; postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatæ vel in judicium deductæ. 108. Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat : nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

[5] L. 8, § 1. D. *de Fidej. et nomin.*, XXVII, 7... Litis contestatione et pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur. — l. 24, *pr.* D. *de Liber. caus.*, XL, 12. — l. 29, *de Novat.*, XLVI, 2 (*sup.*, n. 3); l. 87, 139, *de R. J.*

[6] L. 1[illegible], *de Proc.* [illegible] 27, 46, *ibid.* — l. 7, § 9. D. *de Dolo* [illegible]

forme avait lieu ce transfert d'instance, c'est ce qui n'est point clairement connu.

Quand le défendeur, tout en reconnaissant le bien fondé de l'action, mettait cependant en avant quelque fait particulier de nature à paralyser indirectement la demande, il était de toute équité de prendre en considération cette exception [7]. Quelle forme employait-on dans la procédure des *legis actiones* pour faire valoir ces exceptions, on ne le sait pas certainement [8]. Dans la procédure formulaire, quand l'exception était prouvée, à l'instant même et sans aller plus loin, le préteur refusait de donner l'action [9]. Au cas contraire, le préteur, par une clause d'exception jointe à l'*intentio*, chargeait le judex d'examiner, en jugeant l'affaire, les faits allégués par le défendeur et de décider en conséquence. Cette clause insérée dans la formule rendait ainsi la condamnation conditionnelle et subordonnée à la non existence de l'excep-

malo, IV, 3. — l. 57. D. *de Judic.*, V. — l. 115. D. *de Noxal. act.*, IX, 4. — l. 24, § 4. *de Liber. caus.*, XL, 12. — PAUL., V. § 5.

[7] GAIUS, IV, 116. Comparatæ sunt... exceptiones defendendorum reorum gratia cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, set iniquum sit eum judicio condemnari; velut si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oporteret, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. Item si pactus fuero tecum ne id, quod mihi debeas a te petam, nihilominus id ipsum a te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur : sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli. 117. In his quoque actionibus, quæ non in personam sunt, exceptiones locum habent; velut si metu me coegeris, aut dolo induxeris ut tibi rem aliquam mancipio dem — si eam rem a me petas, datur mihi exceptio, per quam si metus causa te fecisse vel dolo malo arguero, repelleris. Item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio per quam omnimodo summoveris. 118. Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat : quæ omnes vel ex legibus, vel ex his quæ legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex juridictione prætoris proditæ sunt. *Pr.* § 1, 8. Inst. *de Except.*, IV, 13.

[8] GAIUS, IV, 108 (*sup.*, n. 5).

[9] L. 9, *pr.* et § 5, *de Jure jur.*, XII, 2.

tion alléguée [10]. Quand l'action était *bonæ fidei*, le judex, en vertu de son titre, avait qualité, tout comme s'il eût été autorisé par instruction spéciale, pour connaître et prendre en considération les faits destructifs de la bonne foi, tels que le dol et la fraude : « *Quia*, dit énergiquement le jurisconsulte Paul, *quia tantumdem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio* [11].

Les exceptions se divisaient en péremptoires ou dilatoires [12], suivant que le fait allégué par le défendeur avait pour but d'anéantir ou seulement de différer l'action. Néamoins il y avait cela de singulier pour ces dernières exceptions que si le demandeur ne se retirait pas à temps, mais laissait venir le litige jusqu'à la litiscontestation et au *judicium*, il avait perdu à tout jamais son droit d'action : la litiscontestation l'avait consommé [13]. Si le demandeur avait quelques moyens

[10] GAIUS, IV, 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur : nam si, verbi gratia, reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT. Item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio : SI INTER A. AGERIUM ET N. NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR. Et denique in ceteris causis similiter concipi solet : ideo scilicet quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam *si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit ;* item ne aliter judex eum condemnet quam *si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.* — CIC., *de Invent.*, II, 19. — *Fragm.*, *Vatic.*, § 310.

[11] L. 7. D. *de Negot. gest.*, III, 5. — l. 3. D. *de Rescind. vend.*, XVIII, 5. — l. 21. D. *Solut. matr.* XXIV, 3. l. 84, § 5. D. *de Legat.*, I (XXX)... judicium fidei bonæ... continet in se doli mali exceptionem. GAIUS, IV, 61, 62 (*sup.*, c. 3, n. 54), § 30. Inst., *de Act.*, IV, 6.

[12] Ces dernières, ainsi que les autres délais qui retardaient l'action, portaient aussi le nom général de *translationes*. CIC., *de Invent.*, I, 8 ; II, 19, 20. *Auctor ad Herenn.*, I, 12. FORTUNATIAN., *Art. rhet.*, lib. I, p. 68, éd. Capperon.

[13] § 8, 11. Inst., *de Except.*, IV, 13. GAIUS, 120-22. 123. Observandum est autem ei, cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem, alio-

pour paralyser l'exception du défendeur et réciproquement, on ajoutait à la formule une *replicatio*, une *duplicatio* et même une *triplicatio* de la même manière qu'on y avait inséré une *exceptio*[14].

Enfin il était possible que le défendeur, tout en s'engageant dans l'instance, redoutât un *préjugé* défavorable et capable de compromettre quelque intérêt plus grave qui se rattachait à la question du procès. Le défendeur parait à cet inconvénient par un *præscripto* qu'on mettait en tête de la formule[15]. Plus tard on remplaça la *præscriptio* par une exception qui donna le même résultat[16]. De là et par une confusion naturelle dans le langage des orateurs, les exceptions prennent souvent le nom de *præscriptiones*[17].

CHAPITRE V.

Du Jugement.

Cette part de là formule qu'on nomme *condemnatio* donnait au judex mission précise de condamner ou d'absoudre[1],

quia si objecta exceptione egerit, rem perdit; nec enim post illud tempus, quo integra re evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest, re in judicium deducta et per exceptionem perempta. *Ibid.*, 124, 125.

[14] GAIUS, 126-129, — *tit.* Inst. *de Replic.*, IV, 14.

[15] *Sup.*, ch. 2, n. 23.

[16] GAIUS, IV, 133. Sed his quidem temporibus... omnes præscriptiones ab actore proficiscuntur : olim autem quædam et pro reo opponebantur : qualis erat illa præscriptio : EA RES AGATUR SI MODO PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT, quæ nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere judicii præjudicium hereditati faciat, velut cum [res singulas petat]; esset enim iniquum per unius [rei petitionem]...Voyez pour d'autres exemples *l.* 16, *l.* 18, D, *de Except.*, XLIV, 1.

[17] De là l'inscription d'un titre du Digeste : *De exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis*, D. XLIV, 1.

[1] GAIUS, IV, 43, (*sup.*, c. 2, n. 19).— l. 1, D, *de re judic.*, XLII, 1.

Tel était le but de l'obligation qu'avait produite la litiscontestation[2]. Si donc le défendeur était trouvé débiteur au moment de la litiscontestation, il devait être condamné. Le juge ne devait pas l'absoudre, alors même qu'il se serait exécuté depuis cette époque, dureté que du reste corrigea la jurisprudence[3].

Au temps des *legis actiones*, la *condemnatio* pouvait atteindre directement la chose réclamée; dans la procédure formulaire, il en fut autrement, la *condemnatio* n'eut plus pour objet la chose même, mais bien une somme d'argent dont le chiffre dépendait du chiffre même de la demande[4]. S'agissait-il d'une somme déterminée (*certæ pecuniæ*), on introduisait ce chiffre dans la *condemnatio*[5] : JUDEX NUMERIUM

Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. — l. 3, C. *de Sentent.*, VII, 45. Præses provinciæ non ignorat definitivam sententiam, quæ condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi.

[2] GAIUS, III, 180, (*sup.*, c. 4, n. 4.)

[3] GAIUS, IV, 114... Si ante rem judicatam is, cum quo agitur, post acceptum judicium satisfaciat actori, quid officio judicis conveniat? utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat. Nostri præceptores absolvere eum debere existimant; nec interest cujus generis fuerit judicicium, et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere omnia judicia esse absolutoria. — § 2, Inst., *de perpet. et temp. act.*, IV, 12.

[4] GAIUS, IV, 48. Omnium autem formularum quæ condemnationem habent ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est : itaque et si corpus aliquod petamus [velut] fundum, [mancipium] vestem... judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat [sed] æstimata re pecuniam eum condemnat. 49. Condemnatio autem vel certæ pecuniæ in formula ponitur vel incertæ.

[5] GAIUS, IV, 43, (*sup.*, c. 2, n. 19)-50. Certæ pecuniæ in ea formula, qua certam pecuniam [petimus]; nam illic ima parte formulæ ita est : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO HS. X MILLIA CONDEMNA : SI NON PARET ABSOLVE. 52.—Judex si condemnat, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit : debet autem judex attendere, ut cum certæ pecuniæ condemnatio posita sit, neque majoris, neque minoris summa petita condemnet : alioquin litem suam fa-

NEGIDIUM AULO AGERIO HS. X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE, et si le juge s'écartait de la lettre de la formule [6], il pouvait être pris à partie, *litem suam faciebat.* Quand au contraire il s'agissait d'un *incertum*, on fixait seulement au juge un maximum qu'il ne pouvait dépasser sans se rendre responsable du surplus : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM DUMTAXAT X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVITO [7]. En certains cas, par exemple dans les actions qui intéressaient la propriété, le juge n'avait point la main forcée et pouvait fixer à son gré le chiffre de la condamnation : QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM N. N. A. A. CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVITO [8]. La *condemnatio* éprouvait une modification importante dans les actions dites *arbitrariæ;* dans ce cas en effet une clause spéciale insérée dans

cit : item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet, quam taxatum sit : alias enim similiter litem suam facit : minoris autem damnare ei permissum est.

[6] GAIUS, IV, 57. At si in condemnatione plus petitum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed [reus, cum] iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum [actor] consequitur, quod posuit ; nam tota quidem res in judicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam judex egredi non potest ; nec ex ea parte prætor in integrum restituit; facilius enim reis prætor succurrit quam actoribus.

[7] GAIUS, IV, 43 (*sup.*, c. 2, n. 19) 51. Incertæ vero condemnatio pecuniæ duplicem significationem habet : est enim una cum aliqua præfinitione, quæ vulgo dicitur cum taxatione : velut si incertum aliquid petamus; nam illic [ima pars] formulæ ita [concipitur] : JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO DUMTAXAT X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE : diversa est quæ infinita est, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus vel ad exhibendum ; nam illic ita est : QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVITO. 52 (*sup.*, n. 4). FESTUS, *Taxat* verbum ponitur in iis quæ finiuntur quoad tangi liceat, in litibus quoque arbitriove cum proscribitur quoad ei jus sit statuendi, taxatio dicitur, quæ fit certæ summæ. — GAIUS, III, 224, donne un exemple de ces taxations.

[8] GAIUS, IV, 51 (*sup.*, n. 7).

la formule[9] chargeait le juge, s'il trouvait la demande fondée, d'essayer comme arbitre et par des moyens amiables de décider le défendeur à la prestation de la chose [10] sinon et après ces efforts superflus, de condamner le défendeur au paiement d'une certaine somme [11]. Du reste le dernier prononcé du juge devait être toujours d'une somme fixe, alors même que la *condemnatio* de la formule n'énonçait pas un chiffre certain [12]. Dans ce cas le judex avait à estimer le litige en prenant en considération le chiffre de la de-

[9] Cic., *in Verr.*, II (III), 12. Si judicium sit ejus modi : *L. Octavius judex esto : si paret fundum Capenatem quo de agitur ex jure Quiritium P. Serviliis esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur*, non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum...?

[10] La l. 68, D. *de rei vind.*, VI, 1, parle d'une contrainte directe, mais cette rigueur était inconnue de l'ancienne législation. Voyez Bethmann-Hollweg, *Hand buch*, 1, § 29, 30.

[11] § 31, Inst., *de Act.*, IV. 6.—Gaius, IV, 163. Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria : nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debebit, sine [pœna] exhibet vel restituit, et ita absolvitur : quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.— L. 18, *pr.* D., *de dolo*, IV. 2. Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio sequitur condemnatio *quanti ea res est*. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit; sed officio judicis debet in utraque actione taxatione jusjurandum refrenari.— L. 16, § 3, D, *de Pign.*, XX, 1... sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in ceteris in rem actionibus; nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, quum et in personam agendo idem consequeretur. On peut citer comme exemples de ces *actiones arbitrariæ* la *formula petitoria*, Cic., *in Verr.*, II, 12 ; l. 35, § 1, D. *de rei vind.*, VI, 1 ; les actions Publicienne, Servienne, hypothécaire, *quod metus causa*, *de dolo*, *ad exhibendum*. Une *actio arbitraria* d'une nature toute particulière était l'action *de eo quod certo loco*. *L.* 2, *pr.* § 8, *l.* 3, 4, § 1 ; l. 5, 7, D., *de eo quod cert. loc.*, XIII, 4.

[12] Gaius, IV, 52 (*sup.*, n. 4).

mande[13]. Dans les actions *stricti juris*, c'était à l'époque de la *litiscontestatio* qu'on avait égard pour évaluer la chose; dans les autres actions, on estimait cette valeur à l'époque de la condamnation[14]. Dans les deux cas, du reste, on comprenait dans cette estimation la valeur des fruits perçus depuis la litiscontestation[15]. Quand il y avait dol de la part du défendeur, il était permis au judex de faire estimer la valeur du litige par le demandeur même, qui en ce cas était cru sur serment, quelque fût le chiffre de l'évaluation; mais peu à peu ce droit si rigoureux pour le défendeur s'adoucit, et la jurisprudence autorisa le judex à limiter ce serment à une somme déterminée[16]. Dans les *actiones arbitrariæ*, quand le défen-

[13] Cic., *pro Tullio*, 2. Judicium vestrum est, recuperatores, *quantæ pecuniæ paret, dolo malo familiæ P. Fabii, vi hominibus armatisve coactisve, damnum factum esse M. Tullio*. Ejus rei taxationem nos fecimus, æstimatio vestra est: judicium datum est in quadruplum.

[14] L. 3, § 2. D. *Commod.*, XIII, 6. In hac actione sicut in ceteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur, et rei judicandæ tempus quanti res sit, observatur, quamvis in stricti [juris] litis contestatæ tempus spectetur. Cette distinction résout l'antinomie apparente des *l.* 22. D. *de Reb. cred.*, XII, 1, et *l.* 3. D. *de Cond. trit.*, XIII, 3.

[15] L. 17, § 1. D. *de rei vind.*, VI, 1. l. 20, *ibid*... nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo (*l'esclave dont s'agit*) fuisset. L. 35, § 1, *ibid.* l. 25, § 8. D. *de Ædil. edict.*, XXI, 1.—L. 2, 3, § 1; l. 10, 15, 19, § 1; l. 34, 35, 36, 38, § 7, 15. D. *de Usur.*, XXII, 1.

[15] L. 12, § 1. *De in litem jur.*, 12, 3. Interdum quod intersit agentis solum æstimatur, veluti quum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; quum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor. — L. 4, § 4. — L. 5, *pr.*, § 3. Ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam; hæc enim judex estimat. L. 6, *ibid.* — L. 16, § 3. D. *de Pign.*, XX, 1. — L. 41. D. *de re jud.*, XLII, 1.

[16] *De in lit. jur.* D. XII, 3, l. 4, § 2. Jurare autem in infinitum licet. Sed an judex modum jurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in immensum juretur, quæro? Et quidem in arbitrio esse judicis deferre jusjurandum, nec ne, constat. An igitur qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem

deur n'exécutait pas l'*arbitrium*, on avait recours à cette estimation par serment, estimation donnée quelquefois *sine ulla taxatione in infinitum* [17]. Il est évident que dans un cas pareil, le condamné avait un intérêt majeur à se soustraire à la condamnation pécuniaire en restituant la chose, et l'on évitait ainsi ces exécutions de vive force *et manu militari* dont on s'effraie toujours et non sans raison dans un État libre. Dans les *actiones mixtæ*, la procédure était tout autre, car alors la formule donnait pouvoir au judex d'adjuger la chose même [18], d'où, par une conséquence naturelle, le domaine quiritaire passait immédiatement aux mains de l'adjudicataire [19].

Voici maintenant quelle était la théorie des jurisconsultes romains relativement aux effets de la sentence. L'obligation contractée par la litiscontestation était considérée comme remplie, et au cas de condamnation, cette obligation se trouvait remplacée par l'obligation d'accomplir le *judicatum* [20]. Ainsi la litiscontestation avait absorbé en soi l'objet du litige, et la condamnation se substituait à son tour au lieu et place de la litiscontestation, ce qu'un ancien adage exprimait ainsi : « *Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere; post condem-*

jurijurando adjicere quæritur : arbitrio tamen bonæ fidei judicis etiam, hoc congruit. — L. 18, *pr. de Dolo*, IV, 3 (*sup.*, n. 11).

[17] L. 1, l. 2, § 1, l. 8. *de in lit jur.*, DXII, 3. — L. 68, D, *de rei vind.*, VI, 1.

[18] *Sup.*, ch. 3, n. 45-47.

[19] *Ulp.*, XIX, 16. Adjudicatione dominia nanscisclmur per formulam familiæ erciscundæ, quæ locum habet inter coheredes; et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios; et per formulam finium regundorum, quæ est inter vicinos. Nam si judex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adjudicaverit, statim illi adquiritur, sive mancipi sive nec mancipi sit.—Le § 47, des *Fragm. Vat.* ne prouve pas, comme on l'a prétendu, que l'*adjudicatio* ne transférât le domaine que lorsqu'elle était prononcée *judicio legitimo.*

[20] Gaius, III, 180 (*sup.*, c. 4, n. 4), L. 3, § 11, D. *de Pecul.*, XV, 1... Sicut in stipulatione contrahitur... ita judicio contrahi, proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.

nationem judicatum facere oportere. » Cet effet novateur du jugement avait lieu, tantôt directement, tantôt indirectement et au moyen d'une exception [21]. Cette absorption du droit d'action pouvait être fort préjudiciable au demandeur quand il avait d'autres prétentions à faire valoir en vertu du même titre; dans ce cas il pouvait réserver ses droits au moyen d'une *præscriptio* inscrite en tête de la formule [22].

Quant au délai dans lequel on devait rendre la sentence, je ne vois dans l'origine qu'une seule prescription résultant de la nature des choses. Les *judicia imperio continentia* perdaient toute valeur dès que le magistrat qui les avait constitués avait dépouillé l'*imperium*; leur plus longue durée était donc d'une année. Pour les *judicia legitima*, la loi Julia fixa un délai de dix-huit mois [23]. Si dans cet intervalle, le demandeur n'avait point obtenu jugement, son droit était à tout jamais perdu, toute action nouvelle étant ou déclarée inadmissible ou repoussée par une exception [24]. C'est ce qui explique pourquoi dans les *judicia imperio continentia*, on attendait l'entrée en fonction du magistrat pour intenter l'action et réserver ainsi une année entière pour les procédures [25].

Du reste il y avait plusieurs moyens qui produisaient mê-

[21] Gaius, III, 181 (*sup.*, c. 4, n. 4); IV, 106-108 (*sup.*, c. 4, n. 4.)

[22] Gaius, IV, 130-131 (*sup.*, c. 2, n. 23). Cic., *de Orat.*, I, 37... Homo... postulabat, ut illi, unde peteretur vetus atque usitata exceptio daretur, *cujus pecuniæ dies fuisset*, quod petitoris causa comparatum esse non intelligebat; ut, si ille inficiator probasset judici, ante petitam esse pecuniam quam esset cœpta deberi, petitor rursus cum peteret, exceptione excluderetur *quod ea res in judicium antea venisset.*

[23] Gaius, IV, 104-105 (*sup.*, c. 1, n. 71.) On trouve des traces de cet ancien état de choses dans certains fragmens du Digeste. L. 18, § 4, D, *de Dolo*, IV, 3; l. 32, *de judic.*, V, 1, l. 30, § 1; D., *ad leg. aquil.*, IX, 2. L. 3, § 1, D., *quæ in fraud. credit.*, XLII, 8. L. 2, D., *de div. temp. præscr.*, XLIV, 3.

[24] Gaius, III, 181 (*sup.*, c. 4, n. 4); IV, 106-107, (*sup.*, c. 4, n. 4.)

[25] Juvénal, *Sat.*, XVI, 42. Servius, *ad Æn.*, II, 102. (*Inf.* c. 6, n. 39.)

me effet que la sentence du juge. Telle était la reconnaissance de la dette faite par le débiteur devant le magistrat. Cette reconnaissance, la loi des Douze Tables lui donnait l'effet du *judicatum* quand il s'agissait d'une somme d'argent [26]. Des dispositions ultérieures donnèrent le même effet à toutes les reconnaissances judiciaires, quel qu'en fût l'objet, et c'était une maxime constante que *in jure confessi pro judicatis habentur* [27].

En outre quand le préteur déférait le serment sur la validité du litige à l'une ou à l'autre des parties, il fallait ou s'exécuter, ou accepter le serment, ou le déférer à son adversaire [28]. Cette délation ou cette référence du serment amenait les mêmes effets qu'un jugement ; en ce sens que par le serment, qu'on assimilait en ce point à la transaction, une des parties se trouvait juge de l'affaire [29]; mais il y avait cette différence que cette forme de décider n'en-

[26] Gellius, XX, 1, (*inf.*, c. 8, n. 1.)

[27] *L. Rubria de Gallia Cisalp.*, c. 21, 22, (*sup.*, c. 3, n. 38.) L. 56, D., *de Re jud.*, XLII, 1. Post rem judicatam [vel] jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quæritur post orationem D. Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur. L. 1. Confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur, l. 3, 4, 6, D., *de Confes.*, XLII, 2. Paul, *Sent. recep.*, V, 5 *a*, § 2, 3, 4.

[28] L. 34, *de Jurej.*, D., XII, 2, § 6. Ait Prætor : Eum a quo jusjurandum petetur solvere aut jurare cogam ; alterum itaque eligat reus, aut solvat, aut juret ; si non jurat solvere cogendus erit a prætore. § 7. Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat jusjurandum, et si is, qui petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei prætor non dabit : æquissime enim hoc facit, quum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei, qui detulit. — Paul, *Sent. recep.*, II, 1, § 1, 2. Quintilien, *Inst. orat.*, V, 6.

[29] *De Jurej.*, D., XII, 2, l. 1, 2. Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata. l. 5, § 2. l. 7. Ait Prætor : Ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo ; *Ejus rei* sic erit accipiendum, sive de tota re, sive de parte sit juratum ; nam de eo, quod juratum est, pollicetur se actionem non daturum, neque in eum qui juravit, neque in eos qui in locum ejus cui jusjurandum delatum est, suc-

traînait pas après elle l'exécution, il n'en résultait qu'une action ou une exception ordinaire[30]. La formule du serment dépendait de celui qui le déférait[31].

Une transaction sur l'objet du litige avait également les effets du *judicatum*[32]. On pouvait aussi, durant le litige, arrêter l'instance en compromettant entre les mains d'un arbitre amiable[33]. Mais la décision de l'arbitre n'avait point les effets d'un *judicatum*, et il fallait actionner son adversaire en exécution de la stipulation pénale qui avait la réalisation de l'*arbitrium* pour objet[34].

cedunt. l. 42, § 3, *ibid.* — l. 56, D., *de Re jud.*, XLII, 1. — l. 1, *pr.*, D., *quas res*, XLIV, 5. Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet non immerito, quum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum.

[30] D., *de Jurej.*, XII, 2. l. 7. (*sup.*, n. 30.) l. 9, *pr.* Nam posteaquam juratum est, denegatur actio, aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est. § 1. Jurejurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quæritur an juraverit *dari sibi oportere*, vel quum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit. — l. 11, l. 28, § 10. l. 29, *ibid.* — § 11. Inst., *de Act.*, IV, 6.

[31] D., *de Jurej.*, XII, 2. l. 3, § 4. Jurari autem oportet, ut delatum est jusjurandum : ceterum si ego detuli ut per Deum jurares, tu per caput tuum jurasti, vel filiorum tuorum, non erit ratum habendum jusjurandum. l. 33, *ibid.* l. 34, § 5. Si de qualitate juramenti fuerit inter partes dubitatum, conceptio ejus arbitrii judicantis est.

[32] L. 16, D., *de Transact.*, II, 15. L. 6. C., *de Transact.*, II, 4. Si fides placitis præstita non est in id quod interest diversam partem recte convenietis : aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit : aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. L. 20. Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit; siquidem nihil ita fidei congruit humanæ quam ea quæ placuerunt, custodiri.

[33] Cic., *pro Quint.*, c. 5. D., *de Recept.*, IV, 8. l. 1. Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet. — *Ibid.* l. 2, 4, 5, 6, 13, § 3, 4.

[34] Paul., *Sent.*, V. a. § 1. Ex compromisso autem judex sumptus rem judicatam non facit : sed si pœna inter eos promissa sit, pœna rei in judicium deducta ex stipulatu peti potest; l. 2, D., *de Recept.*, IV, 8. Ex

CHAPITRE VI.

Tableau d'une Instance romaine.

Dans les premiers siècles, chaque neuvième jour était consacré à l'administration de la justice; plus tard le nombre des jours ouvrables fut considérablement augmenté[1] : Marc-Aurèle en porta le nombre jusqu'à 230[2]. Les jours où l'on ne rendait pas la justice furent appelés jours *fériés* (*dies feriati*, *dies feriatici*)[3]. Il y avait en outre des vacances pour les juges[4]. Dans les provinces, c'était la tenue de *conventus* qui ouvrait et fermait les tribunaux. Après l'introduction du christianisme, le seul dimanche fut déclaré d'abord un jour férié[5]; mais ensuite s'introduisit un ordre de choses entièrement nouveau, et les jours fastes et néfastes abolis, on déclara tous les jours de la semaine ouvrables pour la justice, en exceptant seulement quelques fêtes

compromisso placet exceptionem non nasci sed pœnæ petitionem.—*Ibid.* l. 11, § 3. l. 27, § 7. l. 38.— l. 1, 5, C., *de Recept.*, II, 56.

[1] MACROB., *Sat.*, 1, 15, 16. Lege Hortensia effectum, ut fastæ essent nundinæ, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant lites componerent. Nefasto enim die prætori fari non licebat. DENYS, VII, 58. FESTUS, NUNDINÆ.

[2] CAPITOLIN, *in M. Antonin.*, 10. Judiciariæ rei singularem diligentiam adhibuit : fastis dies judiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret.

[3] L. 2, l. 6, D., *de Feriis*, II, 12.

[4] *Sup.*, c. 1, *notes* 25-26.

[5] L. 17, C. Th., *de Feriis*, II, 8. l. 3, C. *de Feriis*, III, 12. *Constant.* Omnes judices urbanæque plebes et cunctarum artium officia die solis quiescant. Ruri tamen positi agrorum culturæ libere licenterque inserviant, quoniam frequenter evenit ut, non aptius alio die, frumenta sulcis aut vineæ scrobibus mandentur, ne occasione momenti pereat commoditas cœlesti provisione concessa. (Ann. 321.)

religieuses ou civiles[6]. Le nombre et le jour des séances dépendaient, à ce qu'il semble, du règlement que faisait le magistrat[7]. On distinguait aussi entre les séances proprement dites où le magistrat siégeait en tribunal, des audiences données hors du siége judiciaire et, comme on disait, *de plano*[8]. Les décrets qui exigeaient un examen préalable (*causæ cognitio*) ne se donnaient que *pro tribunali*[9]. Toutes les autres décisions moins importantes se décidaient sommairement par sentence mise au bas du *libellus*[10]. Cette dis-

[6] L. 19, 21, 22, 24, C.Th., *de Feriis*, II, 8. l. 7, 8. C., *de Feriis*, III, 12. Les fêtes religieuses étaient la quinzaine de Pâques, Noël, l'Épiphanie, et quelques fêtes d'apôtres. Les fêtes civiles étaient l'anniversaire de la naissance de l'empereur et de son avénement à l'empire, l'anniversaire de la fondation de Rome et de Constantinople, et l'époque de la moisson et de la vendange.

[7] L. 5. D., *de Feriis*, II, 12. l. 1, § 7-10, D., *quando appell.*, XLIX, 4.

[8] L. 2, D., *quis ordo*, XXXVIII, 15, § 1. Dies bonorum possessionis utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit b. possessio quæ de plano peti potuit. Quid si ea quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderat, vel quæ decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandæ, quibus sedit is, quibusque per ipsum prætorem factum non est, quominus daret bonorum possessionem. § 2. In bonorum possessione quæ pro tribunali datur, illud quæritur si sedit quidem prætor pro tribunali, sed postulationibus non dedit? potest dici tempus ad b. possessionem non cedere, quum præses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus. — *Fr. Vat.*, 156, 161, 163, 165.

[9] L. 3, § 8, D., *de Bon. poss.*, XXXVII, 1. Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur quam pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest.—l. 4, C., *de Dilat.*, III, 11. A procedente judice dilationem non convenit postulari, etiam si utraque parte præsente tribuatur, cum non alias nisi causa cognita indulgeri queat; et *cognitio causæ non interpellatione planaria, sed considente magis judice* legitime colligatur : ut si forte dilationis petitio fuerit improbata, suscepta quæstio per sententiam judicis dirimatur. — l. 2, C., *quemadm. Testam.*, VI, 32.

[10] L. 9, § 1, D., *de off. Proc.*, I, 16. Ubi decretum necessarium est, per libellum id expedire prætor non poterit : omnia enim quæcumque causæ cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri.

tinction se retrouve même dans les juridictions municipales[11].

Le lieu où se rendait la justice était, à Rome, le *comitium* ou le *forum*[12]. « *Rem ubi pagunt orato*, disait la loi des Douze Tables, *ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem caussam conjicito.* » Là se trouvait pour les magistrats supérieurs un tribunal avec une chaise curule[13]. Les magistrats inférieurs[14] et les *judices*[15] siégeaient sur des *subsellia*. Dans les municipes on rencontre également un forum[16] et un tribunal[17]. Dans les provinces, les séances judiciaires étaient tenues par le gouverneur dans toute la solennité des formes romaines, publiquement, le magistrat assis au tribunal sur un siége curule[18]. Avec le temps ces usages changèrent, et l'on s'habitua de tenir séance non-seulement dans les basiliques[19],

[11] *Frag. Vat.*, 112. Apud magistratus de plano L. Titius his verbis a marito repetit... Duumvir dixit : Sermo vester in actis erit.

[12] *Auctor ad Herenn.*, II, 13. GELLIUS, XX, 1. PLAUT, *Pœnulus*, III, 6; V, 12.

[13] DIONYS., II, 29. TACITE, *Ann.*, 1, 75. Nec patrum cognitionibus satiatus (Tiberius) judiciis assidebat in cornu tribunalis, ne prætorem curuli depelleret. SUET., *Cæsar*, 84.

[14] (ASCON.) *in Divin.*, 48. Sunt enim subsellia tribunorum, triumvirorum, quæstorum, et hujuscemodi minora judicia exercentium, qui non in sellis curulibus nec tribunalibus, sed in subselliis considebant.

[15] GELL., XIV, 2. PLINE, *Ep.*, VI, 33.

[16] PAUL, *Sent.*, IV, 6, § 2. Testamenta in municipiis, coloniis, oppidis, præfectura, vico, castello, conciliabulo facta, in foro vel basilica præsentibus testibus vel honestis viris, inter horam secundam et decimam diei recitari debebunt : exemploque sublato, ab iisdem rursus magistratibus obsignari, quorum præsentia constat aperta.

[17] SUET., *de claris Orat.*, 6. C. Albutius Silus Novariensis, quum ædilitate in patria fungeretur, quum forte jus diceret, ab iis contra quos pronuntiabat, pedibus e tribunali detractus est. ORELLI, *Insc.*, 3219, *Honori M. Gavii, M. F. Pob. Squillieni, eq. pub. IIII, vir j. d... curatori vicetinor. apparitores et limocincti tribunalis ejus.* Et *supr.*, n. 11.

[18] CIC., *in Verr.*, II, 38. SAINT-JEAN, XIX, 13. *Act. apost.*, XVIII, 12, 16, 17.

[19] PLINE, *Ep.*, II, 14 ; V, 21; VI, 33. PAUL, *Sent.*, IV, 6, § 2. (*supr.*, n. 16.)

mais souvent aussi dans les bureaux, les *auditoria* ou *secretaria*. Éloquence et tribunaux, sous le régime nouveau, tout se réduisait à des proportions mesquines : « *Quantum virium*, s'écrie Tacite, *detraxisse orationi auditoria et tabularia credimus in quibus jam fere plurimæ causæ explicantur? Nam quomodo nobiles equos cursus et spatia probant, sic est aliquis oratorum campus, per quem nisi liberi et soluti ferantur, debilitatur ac frangitur eloquentia*[20]. » Sans liberté politique, pas d'éloquence même civile. Cet usage de juger dans d'étroites enceintes, conforme au génie d'un gouvernement peu soucieux de la publicité, devint général, et le tribunal même fut placé dans le *secretarium*[21]. Du reste les procédures eurent lieu publiquement, portes ouvertes[22] et en présence de l'*officium*[23]. C'était même un privilége des personnes de rang élevé d'avoir un siége d'honneur auprès du juge[24]; mais souvent aussi un rideau tendu cachait le tribunal au

[20] *Dialog. de causis corr. eloq.*, 39. l. 6, l. 9, C. Th., *de off. Rect.* 1, 16, (*inf.*, n. 22.)

[21] Lydus, *de Magist.*, II, 16, 17; III, 11, 30.

[22] L. 9, *de off. Rect.*, C. Th., 1, 16. Judex sibi hanc præcipuam curam in audiendis ac discingendis litibus impositam esse non ambigat, ita ut non in secessu domus de statu hominum vel patrimoniorum sententiam ferat, sed apertis secretarii foribus, intro vocatis omnibus, aut pro tribunali locutus, et civiles et criminales controversias audiat, ne congruæ ultionis animadversio cohibeatur. Absit autem, ut judex, popularitati et spectaculorum editionibus mancipatus, plus ludicris curæ tribuat quam seriis actibus.

[23] L. 19, C. Th., *de off. Rect.*, 1, 16. Libellos judicibus, postquam se receperint vetamus offerri, ne super alienis causis vel statu pronuntient, quando ab officii conspectu atque ab oculis publicis recesserint. — l. 6, C., *de Sent.*, VII, 45. — Lydus, *de Magist.*, II, 15; III, 35.

[24] L. 1, C., *de off. jud. civ.*, I, 45. l. 3, C., *de off. div. jud*, 1, 48. l. 5. C. Th., *de proxim*, VI, 26. In sacris scriniis nostris militantes ordinarii judices a salutatione non arceant, etiam inviti in consessum accipiant, sciturls vel principe, vel corniculario, vel capitibus ternas libras auri ex suis facultatibus eruendas, si consistorium nostrum sæpe ingredientibus secretarii judicum non patuerit ingressus, aut reverentia non fuerit in salutatione delata, aut sedendi cum judice societas denegata. *Ibid.*, l. 7. l. 16.

reste de l'auditoire et permettait ainsi dans l'ombre des bassesses impunies : « *Cessent*, dit Constantin avec une énergie qui montre assez la profondeur du mal, *cessent jam nunc rapaces officialium manus, cessent inquam ; nam si moniti non cessaverint, gladiis præcidentur. Non sit venale judicis velum, non ingressus redempti, non infame licitationibus secretarium, non visio ipsa præsidis cum pretio : æque aures judicantis pauperrimis ac divitibus reserentur* [25]. »

Dans les premiers temps de la législation, c'était au demandeur à amener son adversaire devant le tribunal. A cet effet la loi des Douze Tables l'autorisait, après sommation préalable et refus constaté par témoins, d'employer la force pour traîner le défendeur à l'audience [26]. Ce dernier pouvait néanmoins résister à eette sommation brutale en offrant caution solvable et qui se portât fort pour l'affaire; cette caution se nommait *vindex* [27]. Ce principe de laisser au demandeur

[25] L. 7. C.Th., *de off. Rect.*, 1. 16. l. 5, C., *de Naufrag.*, XI, 5. Gothofred, ad l. 1. C. Th. *de off. Rect.*, I. 7.

[26] Cic., *de Legib.*, II, 4. Festus, V° *Struere*, ut in XII Tab. : *Si calvitur pedemve struit, manum endojacito.* Gell., XX, 1. Horat., *Sat.*, I, 9, v. 74-78.

Casu venit obvius illi
Adversarius et : *Quo tu turpissime*, magna
Exclamat voce ; et *licet antestari ?* Ego vero
Oppono auriculam. Rapit in jus ; clamor utrimque :
Undique concursus.

Plaut, *Persa*, IV, 9, v. 8-10. *Curcul. Act.* V. *sc.* 2, v. 23 *et ss.*

Ph. *Ambula in jus*. Th. non eo. Ph. Licet te antestari? Th. non licet.
Ph. Juppiter te male perdat : intestatus vivito.
Curc. At ego, quem licet, te. Ph. Accede huc. Th. Servum antestari ! vide.
Curc. Hem ! ut scias me liberum esse. Th. Ergo *ambula in jus*, hem tibi !
Curc. O cives, cives ! Th. Quid clamas. Ph. Quid istum tibi tactio est ?
Th. Quia mihi libitum est.

[27] Gellius, XVI, 10. (In XII Tab.) Si recte commemini, ita scriptum est : *Assiduo vindex assiduus esto. Proletario civi quivis volet vindex esto.* Gaius, IV, 46 (*sup.*, c. 2, n. 13). Festus. *Vindex* ab eo quod vindicat, quominus is qui prensus est ab aliquo teneatur.—l. 22, § 1. D., *de in jus voc.*, II, 4. Qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est : si quis ejus personam defendet, et si, dum in jus venitur, de re transactum fuerit.

le soin d'amener le défendeur en justice semaintint en vigueur jusque fort tard [28]; mais, tout en respectant le principe, l'édit et la jurisprudence introduisirent dans la pratique des adoucissemens notables soit en faveur de certaines personnes [29] que leur dignité ou le respect devait mettre à l'abri de cette mesure violente, soit pour quelques époques privilégiées, telles que la moisson et la vendange [30]. Enfin on ne pouvait vous saisir en toute place [31], et, comme chez tous les peuples libres, la maison du citoyen était un asile inviolable, où nul, pas même un créancier, ne pouvait pénétrer : « *Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere*, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, *eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri.* » Peu à peu l'emploi direct de la force, quoique toujours reconnu par la loi [32], devint inutile, grâce à une action que donna l'édit [33] et à certaines contraintes judiciaires [34]; une caution ordinaire (*fidejussor*) fut aussi admise à remplacer le *vindex* [35], et voici comment s'engagèrent alors

[28] GELL., XIII, 13. l. 1, 2, 3. C., *de in jus voc.*, II, 2.

[29] GAIUS, IV, 46 (*sup.*, c. 2, n. 13), 183; l. 2. D., *de in jus voc.*, II, 4; l. 3-8, 22, 23, 24. — § 3. Inst., *de Pœna temer. litig.*, IV, 16.

[30] L. 1, D., *de Feriis*, II, 12; l. 2, § 1, D., *si quis in jus*, II, 5.

[31] L. 18, D., *de in jus voc.*, II, 4.

[32] L. 21, D., *de in jus voc.* Sed etsi is qui domi est, interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet. — l. 3, § 1. D., *qui satisd.*, II, 8. Qui pro rei qualitate evidentissime locupletem, vel si dubitetur, approbatum fidejussorem judicio sistendi causa non acceperit, injuriarum actio adversus eum esse potest, quia sane non quælibet injuria est duci in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem det. Sed et ipse fidejussor qui non sit acceptus, tanquam de injuria sibi facta quæri poterit.

[33] GAIUS, IV, 46 (*sup.*, c. 2, n. 13).

[34] L. 2, § 1, D., *si quis in jus*, II, 5. Si quis in jus vocatus non ierit, ex causa a competente judice mulcta pro jurisdictione judicis damnabitur. l. 1, § 3, *de insp. ventre*, D., XXV, 4. Cogenda igitur erit remediis prætoriis, et in jus venire, et si venerit respondere, pignoraque ejus capienda et distrahenda, si contemnat, vel mulctis coercenda.

[35] L. 1, 2, D., *in jus vocat.*, II, 6; l. 1, 2, 5. § 1, D., *qui satisd.*, II, 8.

les procédures. Au lieu de l'*in jus vocatio*, les parties convinrent, par stipulation spéciale dite *vadimonium* (*satisdatio, stipulatio in judicio sistendi causa facta*, dans les Pandectes), de se présenter à jour donné devant la justice [36]; et la rigueur de l'ancienne procédure ne s'exerça plus, sinon au cas où la partie laissait passer le jour fatal sans se présenter [37]. Quand le défendeur était absent ou si bien caché qu'on ne pouvait lui faire de sommation, le préteur décrétait l'envoi en possession de ses biens [38].

A Rome, devant le tribunal, l'affaire s'engageait, s'il était possible, immédiatement; dans les provinces, où à l'époque du conventus les affaires se présentaient en foule, le sort décidait à l'ouverture de la session du jour où l'affaire serait appelée [39]. Quant à la marche des procédures elle était dans les premiers temps donnée par les *legis actiones*. Dans la procédure formulaire l'instance s'engagea par la communication de la demande faite par le demandeur au défendeur [40], ce qui se nommait *editio actionis*, en même temps

[36] Cic., *pro Tullio*, 20. Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius, vadimonium Fabio Romam promissurum. Manet in ea conditione Fabius, datur, conceditur. — *Pro Quint.*, 5, 6.

[37] Horatius, *Sat.*, I, 9, v. 36, 37, 74-78 (*sup.*, n. 20).

[38] Cic., *pro Quint.*, 19. Gaius, III, 78; l. 17, *de in jus voc.*, II, 4. Satisque pœnæ subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus. l. 7, § 1, D., *Quib. ex caus.*, XLII, 4. Prætor ait: *Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo.*

[39] Cic., *in Verr.*, II, 15. Interea dies advenit, quo die sese, ex instituto ac lege Rupilia dicas sortiturum Syracusis iste edixerat: paratus ad hanc dicam sortiendam venerat. — *Ibid.* 18. — Servius, *ad Æneid.*, II, 102; VI, 431. Non enim audiebantur causæ nisi per sortem ordinatæ. Tempore enim quo causæ agebantur conveniebant omnes; unde et *Concilium* ait (Virgilius); et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post diem trigesimum suas causas exequerentur. Unde est *Urnam movet;* Juvenalis : Gratia fallacis prætoris vicerit urnam.

[40] L. 1, *pr.*, D., *de edendo*, II, 13. Qua quisque actione agere volet, eam edere debet; nam æquissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus utrum cedere an contendere ultra de-

on faisait connaître à l'adversaire la formule dont on entendait se servir [41].

Quand le point litigieux avait dans l'édit sa formule spéciale, l'action était suffisamment intentée par simple référence à l'édit du préteur. *Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album, et demonstret quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit* [42]. Mais quand l'édit faisait dépendre l'obtention de la formule d'un examen préalable [43] (*causæ cognitio*) du préteur, ou quand il s'agissait d'un acte que l'édit n'avait pas prévu [44], ou enfin quand il était évident que la plainte n'avait aucune base [45], le préteur pouvait refuser l'action. Entre plusieurs actions également admissibles le demandeur avait le choix [46]; il pouvait aussi jusqu'à la

beat, et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur. § 1. Edere est etiam copiam describendi facere, vel in libello complecti et dare, vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album, et demonstret, quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit. — L'opinion autrefois généralement reçue que l'*editio actionis* était précédée ou accompagnée d'une *postulatio actionis*, d'une demande spéciale afin d'agir, est dénuée de toute espèce de preuves.

[41] Le demandeur soumettait la formule au préteur ainsi que le prouvent Gaius, IV, 35 (*sup.*, c. 2, n. 18); 41 (*sup.*, c. 2, n. 19), 86. 131 (*sup.*, c. 2, n. 23); Cic., *in Verr.*, III, 65 : Postulavit a Metello ut ex edicto suo judicium daret in Apronium : *Quod per vim aut metum abstulisset*, quam formulam Octavianam et Romæ Metellus habuerat, et habebat in provincia. Non impetrat; cum hoc diceret Metellus, præjudicium a se de capite C. Verris hoc judicium nolle fieri. Non reprehendo Metellum...

[42] L. 1, § 1, D., *de edend.*, II, 13 (*sup.*, n. 40).

[43] Voyez des exemples de cette *cognitio*. l. 2, *pr.* D., *quod cum eo*, XIV, 5. l. 10, *pr.* D., *quæ in fraud.*, XLII, 8. l. 1, *pr.* D., *de Superfic.*, XLIII, 18. L'édit portait mention des cas où la *causæ cognitio* serait nécessaire : *Actionem causa cognita dabo*, disait le préteur.

[44] L. 7, § 2, D., *de Pact.*, II, 14.

[45] Cic., *pro Flacc.*, 21. Gaius, IV, 54 (*sup.*, c. 3, n. 39). l. 26, 27, *pr.* D., *de V. O.* (XLV, 1). Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti — veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque prætoris continetur, ex hujus modi obligationibus actionem denegari.

[46] Cic., *pro Cæcina*, c. 3.

litis contestation rectifier la formule; mais passé la litis contestation toute modification était impossible[47]. Le demandeur jouant le rôle principal dans le choix de la formule, c'était lui qui portait toute la responsabilité de son élection, et quand le préteur avait dressé la formule du *judicium* sur une donnée vicieuse du demandeur, il pouvait arriver que par la mauvaise rédaction de la formule toute l'affaire fût perdue[48], ce qui explique comment la dresse des formules demandait un talent tout spécial et faisait une partie importante de la science du jurisconsulte[49]. Du reste, quand le demandeur doutait de certaines qualités de son adversaire, qualités qu'il avait besoin de connaître pour dresser régulièrement sa plainte, il pouvait le contraindre à s'expliquer devant le préteur[50].

[47] L. 3, C., *de edendo*, II, 1. Edita actio speciem futuræ litis demonstrat : quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas. l. 4, § 3, D., *de Noxal. act.*, IX, 4. Si detracta noxæ deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta et finito judicio, amplius agendo cum noxæ deditione, exceptione rei judicata summovebitur, quia res in superius judicium deducta et finita est. Donec autem prius judicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda pœniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo, qui scit, cum noxæ deditione actum sit, amplius in dominum detracta noxæ deditione danda actio non est. In ipso autem judicio si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus.

[48] Gaius, IV, 57 (*sup.*, c. 5, n. 6), 67, *ibid.* Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur : compensatur autem hoc solum quod præsenti die debetur. 68. Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur : quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadet et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petendi periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente qui, licet de certa pecunia aget, incerti tamen condemnationem concipit. *Fragm. Vat.*, 53. Si altius tollendo aget is, qui in infinitum tollendi jus non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit jus sibi esse in infinitum tollere. Cic., *de Invent.*, II, 19; *de Orat.*, I, 36. Quintilien, *Inst. orat.*, III, 6, § 69.

[49] Cic., *Topic.*, c. 17.

[50] L. 1, D., *de interrogationibus in jure faciendis, et interrogatoriis*

Après la demande venait la défense de l'adversaire [51], et quand cette défense consistait en une exception, venait l'exposé de la clause exceptionnelle à introduire dans la formule [52]. Toute cette procédure était orale, mais il est certain que dès un temps reculé on dressait procès-verbal du dire des parties et de l'interlocutoire du magistrat [53]. Quand l'affaire ne se pouvait terminer en un même jour, le défendeur devait garantir par un *vadimonium* qu'il se présenterait au nouveau jour indiqué [54]. S'il ne se présentait pas, et qu'il

actionibus, XI, 1. Toties heres in jure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quoties adversus eum actio instituitur, et dubitat actor, qua ex parte is cum quo agere velit heres sit. Est autem interrogatio tunc necessaria, quum in personam sit actio, et ita si certum petetur, ne, dum ignoret actor qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat. 61. Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere; ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt: sed tantum modo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quæ ab adversa parte expressa fuerint apud judices, vel in hereditatibus vel in aliis rebus, quæ in causis vertuntur.—*Ibid.* l. 2, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 20, 21.

[51] Cic., *Orat. partit.*, c. 28, explique avec sa netteté ordinaire le mécanisme de la procédure formulaire... Atque etiam ante judicium, de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, aut illa ne lege, his ne verbis sit actio quæritur. Quæ etiamsi ante quam res in judicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta sunt; tamen in ipsis judiciis permagnum sæpe habent pondus, cum ita dicitur : *Plus petisti; sero petisti; non fuit tua petitio; non a me; non hac lege; non his verbis; non hoc judicio.* Quarum causarum genus est positum in jure civili quod est in privatarum ac publicarum rerum lege aut more positum : cujus scientia neglecta ab oratoribus plerisque, nobis ad dicendum necessaria videtur. Quare de constituendis actionibus, accipiendis subeundisque judiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda æquitate, quod ea fere generis ejus sunt, ut, quanquam in ipsum judicium sæpe delabantur, tamen ante judicium tractanda videantur, paululum ea separo a judiciis, tempore magis agendi, quam dissimilitudine generis.

[52] Cic., *de Invent.*, II, 19.

[53] Voyez des exemples de cette procédure, *Fragm. Vat.*, § 112.— l. 21, D., *de Auct. tut.*, XXVI, 8. — l. 3, D., *de his quæ in testam. delent.*, XXVIII. 4. — Spangenberg, *Tabulæ neg. solem*, n° 63.

[54] Gaius, IV, 184. Qui autem in jus vocatus fuerit ab adversario, ni eo

n'eût point d'excuse suffisante [55], le demandeur dressait acte de cette absence en présence de témoins [56], et il pouvait alors ou exiger la somme stipulée par le *vadimonium* [57], ou poursuivre le défaillant, comme si ce dernier eût perdu son procès, soit en suivant par contrainte personnelle d'après la rigueur de l'ancien droit, soit en demandant l'envoi en possession d'après l'édit [58]. Pareille contrainte avait lieu contre le défendeur qui comparaissait, mais refusait de répondre [59].

Les procédures *in jure* terminées, le préteur résumait leur résultat dans la formule destinée au *judex* [60]; il passait en-

die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti. 185. Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est, sine satisdatione; quibusdam cum satisdatione, quibusdam jurejurando; quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur : eaque singula diligenter prætoris edicto significantur. 187, *ibid.* — Cic., *pro Quint.*, c. 7, 8. Gellius, VII, 1.

[55] L. 2, 3, 4. D., *si quis caution.*, II, 11.

[56] Cic., *pro Quint.*, 6, 17. l. 22, *pr.* D., *ex quib. caus. maj.*, IV, 6. Ergo sciendum est, non aliter hoc edictum locum habere, quam si amici ejus interrogati fuerint an defendant; aut si nemo sit qui interrogari potest. Ita enim absens defendi non videtur, si actor ultro interpellat, nec quisquam defensioni se offerat, eaque testatione complecti oportet.

[57] Gaius, III, 224; IV, 185, 186. Et si quidem judicati depensive agetur, tanti fiet vadimonium quanti ea res erit; si vero ex ceteris causis, quanti actor juraverit non calumniæ causa postulare sibi vadimonium promitti : nec tamen pluribus quam H. S. C. millibus fit vadimonium. Itaque si centum millium res erit, nec judicati depensive agetur, non plus quam H. S. quinquaginta millium fit vadimonium.

[58] *L. Rubria de Gallia Cisalp.*, c. 21, 22 (*sup.*, c. 3, n. 38). Cic., *pro Quint.*, 15, 18. l. 2, *pr.* D., *quib. ex caus. in posses.*, XLII, 8. Prætor ait : *In bona ejus, qui judicio sistendi causa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defendetur, iri jubebo.*

[59] *L. Rubria*, c. 21, 22. — l. 52, D., *de R. J.* l. 17. Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui præsens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.

[60] (Ascon.) *in Verr.*, 11, 12 (Orelli, p. 211).

suite à la nomination du juge, et enfin le *judicium* ainsi constitué, la *litis contestatio* s'accomplissait. Il semble qu'à l'origine toutes ces formalités s'exécutaient immédiatement; plus tard, il y eut un délai de trente jours [61] pour que le préteur rédigeât à loisir la formule. La litis contestation accomplie, les deux parties, à moins de délais donnés par le préteur pour faire la preuve ou pour quelque autre raison légitime [62], devaient se présenter devant le juge le troisième jour, nommé *dies perendinus*, *dies comperendinus* [63]. C'est à ce moment qu'au temps des *legis actiones* se donnaient peut-être ces cautions (*vades*, *subvades*) dont parle la loi des Douze Tables [64]; mais à coup sûr on ne les donnait plus à l'époque

[61] Gaius, IV, 15, 18 (*sup.*, c. 3, n. 35). (Ascon.) *in Verr.*, I, 9. Servius, *ad Æn.*, VI, 431 (*sup.*, n. 39).

[62] L. 7, 10, *de Feriis*, II, 12. l. 36, *pr.* l. 45, *pr.* D., *de Judic.*, V, 1. l. 1-4. C., *de Dilat.*, III, 11.

[63] Gaius, IV, 15... Istæ omnes actiones... *quando negas sacramento*... ..... ad judicem accipiendum venirent; postea vero reversis dabatur..... XXX judex.; idque per legem Pinariam factum est ante eam autem legem... dabatur judex. Illud ex superioribus intellegimus, si de re minoris quam *M* æris agebatur quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse. Postea tamen quam judex datus esset, comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant. Deinde cum ad judicem venerant, antequam apud eum [causam] perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere, quæ dicebatur causæ collectio, quasi causæ suæ in breve coactio. — Cic., *pro Muren.*, 12 (*sup.*, c. 3, n. 15). Festus. *Res comperendinata* significat judicium in diem tertium constitutum. — Gellius, X, 24. (Ascon.) *in Verr.*, I, 9, a eu certainement le Gaius sous les yeux : Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denunciatio in perendinum diem. Namque cum in rem aliquam agerent litigatores, et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem : quo dato inter se comperendinum diem, ut ad judicium venirent, denunciabant. Quo cum esset ventum, antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant : quod ipsum dicebatur *causæ conjectio*, quasi causæ suæ in breve coactio.

[64] Gellius, XVI, 10. Varro, *de Ling. lat.*, V, 7. *Sponsor* et *Præs* et *Vas* neque idem, neque res a quibus ii, sed dissimiles. Itaque *Præs* qui a magistratu interrogatus in publicum ut præstet; a quo cum respondet dicitur *Præs*. *Vas* appellatus qui pro altero vadimonium promittebat.

de la procédure formulaire [65]. Il y avait seulement certains cas exactement déterminés dans lesquels on devait donner caution pour l'exécution du *judicatum* [66], et dans cette garantie se trouvait naturellement compris l'engagement de comparaître *in judicio* [67].

Voici maintenant quelle était la marche de la procédure engagée devant le *judex*. On exposait d'abord l'affaire en bref [68], ce qui se nommait *causæ conjectio* ou *causæ collectio;* c'était en quelque sorte des conclusions posées ; puis on plaidait en détail. Il n'y avait point de procédure spéciale pour la preuve : cette preuve mêlée aux procédures se faisait sans forme particulière [69]. C'était aux *patroni* de montrer leur talent en produisant ou récusant à propos les témoins amis ou adverses [70]. Les témoins étaient communément interrogés en personne, mais on pouvait aussi produire leur déposition écrite [71]. Les témoins fortifiaient leur déposition

Consuetudo erat cum reus parum esset idoneus, inceptis rebus, ut pro se alterum daret : a quo caveri postea lege cœptum est ab his qui prædia venderent : *vades ne darent*. Ab eo scribi cœptum in lege mancipiorum : *Vadem ne posceret*, *nec dabitur*.

[65] (Ascon.) *in Verr.*, I, 9 (*sup.*, n. 64).

[66] Gaius, IV, 88-91 (*sup.*, c. 3, n. 17), 96-102. — *Pr.*, § 1. Inst., *de Satisdat.*, IV, 11. Cic., *pro Quint.*, 7, 8.

[67] L. 5, § 2, D., *judicat. solvi*, XLVI, 7. l. 6, *ibid.* Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. l. 13, *ibid.*

[68] Gellius, V, 10. (Ascon.) *in Verr.*, I, 9 (*sup.*, n. 63). l. 1, D., *de R. J.* l. 17. Regula est quæ rem quæ est breviter enarrat. Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus *quasi causæ conjectio est*, quæ simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum. Gaius, IV, 15 (*sup.*, n. 63).

[69] Cic., *pro Rosc. comœd.*, 14; *pro Quintio*, 18.—Ferratius, *Epist.*, I, 3, a cru d'après un discours de Cicéron (*pro Cæcina*, c. 9, 10), que les témoins étaient entendus avant la plaidoirie; mais ce discours ne peut servir de preuve, puisque la plaidoirie pour Cæcina avait lieu par suite d'une *ampliatio*.

[70] Quintil., *Inst. orat.*, V, 7.

[71] Quintil., *Inst. orat.*, V, 7, § 1. — Cic., *pro Rosc. comœd.*, 14. —

par une prestation de serment [72]. Jusqu'au règne de Justinien on ne fut pas forcé de déposer en matière civile ; ce fut ce prince qui introduisit ce changement [73]. Les autres moyens de preuves étaient les titres, la notoriété publique et les aveux arrachés par la torture [74]. Ce moyen infâme, et que dans des questions civiles nul prétexte apparent ne pouvait justifier, était employé contre les esclaves en certains cas déterminés, lorsqu'il s'agissait par exemple des biens dépendant d'une succession [75]. Le *judex* pouvait faire compléter par le serment une preuve qu'il jugeait incomplète [76], et probablement aussi une partie pouvait devant le *judex*, comme devant le préteur, déférer le serment à son adversaire [77]. Après les plaidoyers en règle on récapitulait les points principaux dans une vive discussion où les deux parties se pressaient d'interrogations et de réponses [78], puis le jugement était prononcé. Quand il y avait plusieurs *judices*, c'était la majorité qui déci-

l 3, § 4, D., *de Testib.*, XXII, 5. Gabinio quoque Maximo idem princeps (Hadrianus) in hæc verba rescripsit : *Alia est auctoritas præsentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent, tecum ergo delibera ut si retinere eos velis, des iis impendia.*

[72] Cic., *pro Rosc. comœd.*, c. 15. Quintil., *Inst. orat.*, V, 7, § 5.

[73] Quintil., *Inst. orat.*, V, 7, § 9. l. 16. l. 17, C., *de Testib.*, IV, 20.

[74] Quintil., *Inst. orat.*, V, 1-5.

[75] Paul, *Sent.*, V, 15, § 6. In re pecuniaria tormenta, nisi cum de rebus hereditariis quæritur, non adhibentur. Alias autem jurejurando aut testibus explicantur.—V, 16, § 2, *ibid.*— l. 2, D., *de App. rec.*, XLIX, 5.

[76] Denys, II, 75. l. 31, D., *de Jurej.*, XII, 2. Solent enim sæpe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit.— l. 3, C., *de Reb. cred.*, IV, 1. In bonæ fidei contractibus, nec non in cæteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.

[77] L. 25, § 3, D., *de Probat.*, XXII, 3. In omnibus autem visionibus, quas præposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut judex juramenti fidem secutus ita suam sententiam possit firmare jure referendæ religionis ei servando.

[78] Quintil.. *Inst. orat.*, VI, 4.

dait[79]. Quand le juge n'était pas suffisamment éclairé par les plaidoiries, la cause était ajournée (*lis ampliata*), et l'on recommençait une seconde et une troisième fois les plaidoiries[80]. La sentence devait se prononcer de vive voix[81], mais ordinairement elle était écrite avant le prononcé, et c'était sur la tabella[82] qu'on la lisait. Si le défendeur faisait défaut au *judicium*, il était cité trois fois, soit par dénonciation orale (*denunciatione*) soit par dénonciation écrite (*literis*), soit par affiche (*edictis*)[83]; après ces formalités, la procédure se continuait malgré son absence, et le jugement rendu avait la force d'un jugement contradictoire[84].

[79] VAL. MAX., VII, 7, 1; l. 36, 38, *pr.*, D., *de Re jud.*, XLII, 1.

[80] De là ces expressions de *prima*, *secunda*, *tertia actio*, que nous rencontrons dans CICÉRON, *pro Flacc.*, 20; *pro Cæcina*, 2, 33. (ASCON.) *in Verr.*, I, 9 (*sup.*, n. 63), — GELLIUS, XIV, 2.

[81] L. 1, C., *de Sententiis ex periculo recitandis*, VII, 44. Arbitri nulla sententia est quam scriptam edidit litigatoribus, si non ipse recitarit.

[82] SUET., *Claud.*, 15. De quodam etiam negotio, ita ex tabella pronuntiasse creditur : *secundum eos se sentire qui vera proposuissent*, propter quæ usque eo eviluit, ut passim ac propalam contemptui esset.—ORELLI, *Inscr.*, 3671. . *decreto ex Tabulis recitato* — SPANGENBERG, *Tab. neg.*, 81. *Sententiam quam tulit L. Novius Rufus*, *Leg. Aug.*, *Pr. Pr. V. C.*, *inter compaganos Rivilorenses et Val. Faventinum*, *descriptam et propositam pr. Non. novembr. inluster vir J. S. Rufus..., decretum ex tilia recitavit.*

[83] PAUL., *Sent.*, V, 5a, § 7. Trinis literis vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denunciatione conventus, nisi ad judicem a quo sibi denuntiatum est, aut cujus literis vel edicto conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet; quin imo nec appellari potest ab ea. — l. 68-71, D., *de Judic.*, V, 1. l. 72, *ibid.* Non nunquam autem hoc edictum (*peremptorium, sc.*) post tot numero edicta quæ præcesserint, datur; non nunquam post unum vel alterum, non nunquam statim, quod appellatur unum pro omnibus. Hoc autem æstimare oportet eum, qui jus dicit, et pro conditione causæ, vel personæ, vel temporis, ita ordinem edictorum vel compendium moderare. — l. 26, § 29, D., *de Fideic. libert.*, XL, 5. — l. 7, 8, 9, C., *Quomodo et quando judex*, VII, 43.

[84] L. 73, D., *de Judic.*, V, 2. Et post edictum peremptorium impetra-

CHAPITRE VII.

Des Changemens introduits sous les Empereurs.

Sous l'empire, les consuls conservèrent jusqu'au quatrième siècle [1] quelque pouvoir judiciaire. La juridiction des préteurs dura plus longtemps [2]. Mais le préfet de la ville prit une part importante de leurs fonctions [3].

Hors de Rome, dans l'Italie et dans les provinces, la juridiction fut partagée entre les magistrats municipaux et les gouverneurs. L'empire, jaloux des franchises municipales, avait réduit de beaucoup la compétence des magistrats municipaux; la juridiction criminelle leur avait été complétement enlevée, et de la juridiction civile il ne leur était resté qu'une compétence fort étroite et bornée aux actes

tum, quum dies ejus supervenerit, tunc absens citari debet; et sive responderit, sive non responderit, agetur causa et pronuntiabitur; non utique secundum presentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet.—*Cod. Gregor.*, X, 1.—l. 1, 2, 25, C., *Quomodo et quando judex*, VII, 43.

[1] GAIUS, II, 278. Præterea legata per formulam petimus : fideicommissa vero Romæ quidem apud consulem, vel apud eum prætorem qui præcipue de fideicommissis jus dicit persequimur : in provinciis vero apud præsidem provinciæ.

[2] L. 17, C., *de Appel.*, VII, 68.— l. 18, C., *de Præd. min.*, V, 71.— l. 16, C. Th., *de Off. præt.*, VI, 4. SYMMACH., *Epist.*, VIII, 21. Prætorem Symmachum novum mox urbanum tribunal accipiet, X, 30, *Nov.* 13, c. 1.

[3] L. 1, D., *de Off. præf. urb.*, I, 12. l. 1, § 2. D., *de Obseq. parent.*, XXXVII, 15. — WALTER, *Histoire de la Constitution romaine*, chap. XXVIII.

qui intéressaient la *jurisdictio*, sans intéresser l'*imperium*[4]. Au-dessus de tous ces magistrats s'élevait l'empereur, juge suprême de l'empire. Il décidait les causes portées devant lui soit en les examinant par lui-même[5], soit en déléguant le jugement tantôt au sénat[6], tantôt à un magistrat, ou à quelque particulier faisant fonction de *judex*[7].

En ce qui concerne les procédures, on s'en tint aux anciennes formes. Le magistrat engageait l'affaire, puis renvoyait devant un *judex*. Ainsi agirent le préfet de la ville et celui du prétoire[8]. Ainsi agissaient également les *præsides* et les *legati* dans les provinces[9]. Mais, par une suite naturelle de l'arbitraire du gouvernement, on s'éloigna souvent de l'ancien ordre de choses, et l'on crut inutile de s'astreindre à la régularité et aux longueurs de l'ancienne procédure; ce fut d'abord le *judex* nommé par l'empe-

[4] L. 26, *pr.*, D., *ad Municip.* l. 1. Ea quæ magis imperii sunt quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. § 1. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandæ causa juberi possidere, aut dotis servandæ causa, vel legatorum servandorum causa.— l. 4, D., *de Jurisd.*, II, 1. — l. 1. l. 4, § 3, 4, D., *de Damn. inf.*, XXXIX, 2.

[5] SUÉTONE, *Claud.*, 14, 15; *Nero.*, 15; *Domit.*, 8. DIO CASS., LIX, 18; LX, 4; LXIX, 7; LXXI, 6; LXXVII, 17.

[6] CAPITOL., *M. Anton.*, c. 10. Senatum multis cognitionibus, et maxime ad se pertinentibus judicem dedit... In senatus autem honorificentiam multis et prætoriis et consularibus privatis decidenda negotia delegavit; quo magis eorum cum exercitio juris auctoritas cresceret.

[7] PAUL. *Sent.*, V, 5 a, § 1. — l. 3, D., *quis a quo appel.*, XLIX, 3. — ORELLI, *Inscript.* 3671... *judex datus ab optimo principe*... BOECKH, *Inscript. græc.*, t. I, n. 1732.

[8] L. 12, § 1, D., *de Judic.*, V, 1. Judicem dare possunt, quibus hac lege, vel constitutione, vel senatus-consulto conceditur. Lege sicut proconsuli. Is quoque, cui mandata est jurisdictio, judicem dare potest, ut sunt legati proconsulum; item hi quibus id more concessum est propter vim imperii, sicut præfectus urbi, ceterique Romæ magistratus. — l. 1, *pr.* D., *quis a quo apell.*, XLIX, 3.

[9] L. 7, 8, *de Off. præsid.*, I, 18.

reur [10] qu'on affranchit des règles antiques; mais le changement gagna rapidement. Il s'établit donc une distinction entre les procédures ordinaires et les *cognitiones extraordinariæ* [11] ou *persecutiones* [12]. On agissait par instance *extra ordinem* quand le principe sur lequel se fondait la demande n'était pas reconnu par le droit civil ou l'édit, et ne pouvait ainsi s'appuyer que sur une décision *extraordinaria* de l'empereur [13]; dans ce cas, le magistrat introduisait l'instance (*jus dicebat*), non pas dans la forme régulière, comme magistrat, mais *extra ordinem* et comme commissaire [14]. Ces cas extraordinaires se multiplièrent rapidement [15]. Dans ces nouvelles procédures on ne s'astreignait ni à attendre l'époque du *conventus* [16], ni à observer la solennité des

[10] L. 1, § 4, D., *a quib. apell.*, XLIX, 2. Interdum imperator ita solet judicem dare, ne liceret ab eo provocare, ut scio sæpissime a Divo Marco judices datos. — l. 5, C., *de Judic.*, III, 1.

[11] SUÉTONE, *Tiber.*, 31; *Claud.*, 15.

[12] L. 178, § 2, D., *de V. S.* GAIUS, II, 278 (*sup.*, n. 1).

[13] L. 7, D., *de leg. Cornel. de fals.*, XLVIII, 10. Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, quum ne quidem omnino jure civili, neque jure prætorio, neque extra ordinem computantur.

[14] L. 7, § 2, *de Off. proc.*, I, 16. Quum plenissimam autem jurisdictionem proconsul habeat, omnium partes, qui Romæ vel quasi magistratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinent.

[15] L. 5, *pr.* D., *de Extr. cogn.*, l. 13. Cognitionum numerus, écrit Callistrate, quum ex variis causis descendat, in genera dividi facile non potest nisi summatim dividatur. Numerus ergo cognitionum, in quatuor fere genera dividi potest, aut enim de honoribus sive muneribus gerendis agitatur, aut de re pecuniaria disceptatur, aut de existimatione alicujus cognoscitur, aut de capitali crimine quæritur. Comme exemples de ces *extraordinariæ cognitiones* on peut citer les actions qui avaient pour objet un *fideicommis*, l. 170, *de V. S.*, § 1, Inst., II, 23; l'action contre les publicains, TACITE, *Ann.*, XIII, 51; l'action à fin d'honoraires. l. 1, 4, D., *de Extr. cogn.*, l. 13. *Ibid.*

[16] THÉOPHILE, III, 12, *pr. Bonorum emptio*... τότε χώραν ἔχουσα, ἡνίκα τὰ δικαστήρια *ordinaria* ἦν, τουτέστιν ἡνίκα ἐκινεῖτο ἐν μόνῳ τῷ καιρῷ τοῦ κονβέντου. Σήμερον δὲ τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδιναρίων ὄντων, καὶ ἐν παντὶ καιρῷ γυμναζομένων, εἰκότως αἱ *bonorum venditiones* εἰσὶν ἐν ἀχρηστίᾳ.

formules [17]; on ne nommait point non plus de *judex*, et c'était le magistrat qui seul examinait et décidait le litige (*cognoscebat*)[18]. Il n'était plus nécessaire que la citation fût faite par le demandeur, et c'était souvent le préteur qui faisait assigner [19]. Si le défendeur faisait défaut, il était trois fois cité en la forme ordinaire, puis l'instance se poursuivait et le jugement se rendait en son absence [20].

Ces procédures *extraordinariæ*, singulièrement favorisées par un gouvernement peu soucieux de toutes les formes qui gênaient l'arbitraire du juge, on s'habitua de jour en jour à voir le magistrat juger directement sans l'aide d'un judex. Dioclétien fit de cette forme, jadis exceptionnelle, la règle générale [21]. Il fut néanmoins permis aux gouverneurs de nom-

[17] L. 47, § 1, D., *de Negot. gest.*, III, 5. Nec refert, directa quis an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est maxime quum utraque actio ejusdem potestatis est, eumdemque habet effectum. ULP., XXV, 12. GAIUS, II, 278.

[18] L. 8, *de Off. præsid.*, D., I, 18. Sæpe audivi Cæsarem nostrum dicentem, hac rescriptione : *Eum qui provinciæ præest adire potes*, non imponi necessitatem proconsuli vel legato ejus vel præsidi provinciæ suscipiendæ cognitionis, sed eum æstimare debere : ipse cognoscere an judicem dare debeat, l. 9, *ibid.*

[19] L. 1, § 1, D., *de Feriis*, II, 12. l. 1, § 2, 3. D., *de Imp. ventr.*, XXV, 4 (*sup.*, c. 6, n. 34).

[20] *Sup.*, ch. 6, n. 83, 84. BETHMAN-HOLLWEG (*Handbuch*, I, 286, 288) a cru que la procédure ordinaire se distinguait de la cognitio extraordinaria en ce que dans la première la citation se faisait par *denuntiatio*, tandis que, dans la seconde, elle se faisait par *edictum*; mais cette opinion ne peut se soutenir devant la loi 26, § 9, D., *de Fideic. libert.*, XL, 5. Evocari autem a prætore oportet eos, qui fideicommissam libertatem debent, ceterum nisi fuerint evocati, cessat Rubrianum senatus-consultum; proinde denuntiationibus et edictis literisque evocandi sunt.

[21] L. 2, C, *de Pedan. judic.*, III, 3. Placet nobis præsides de his causis in quibus quod ipsi non possent cognoscere, ante hac pedaneos judices dabant, notionis suæ examen adhibere : ita tamen, ut si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia hujus modi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi judices licentia eis permissa

mer des juges subalternes et permanens, chargés de l'examen des petites affaires (*judices pedanei*)[22]; et en fait l'usage de renvoyer le litige au jugement d'un *judex*[23] continua de subsister pour le simple magistrat comme pour l'empereur; ce fut même dans ce but que Zénon et Justinien établirent dans Constantinople des colléges de juges permanens[24]. Également il est vrai que dans ce nouvel ordre de choses les parties eurent comme autrefois le droit de récuser le *judex* sans donner aucun motif de récusation, et le privilége de remettre la décision de l'affaire à un ou plusieurs arbitres librement choisis[25]. Mais ce qui distin-

credatur. Quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est, ut eorum judicia non diminuta videantur : dum tamen et de ingenuitate super qua poterant etiam ante cognoscere et de libertinitate præsides ipsi dijudicent. (Ann. 294.)'

[22] L. 5, C., *de Pedan. jud.*, III, 3. Quædam sunt negotia in quibus superfluum est moderatorem expectare provinciæ, ideoque pedaneos judices (hoc est qui negotia humiliora disceptant) constituendi damus præsidibus potestatem (ann. 362). Ce sont les *judices pedanei* du Bas-empire; l'ancien *judex* portait aussi quelquefois ce surnom de *pedaneus*, dont on ne connaît pas l'origine. M. Bethman-Hollweg diffère avec nous d'opinion en ce qu'il croit que ces nouveaux *judices pedanei* n'avaient pas plus que les anciens une compétence toujours subsistante, et qu'ils tenaient leur pouvoir de la délégation à eux faite par chaque affaire, *Handbuch.*, I, § 13.

[23] L. 2, C., *de Pedan. jud.*, III, 3 (*sup.*, n. 21). l. 3, C., *Ubi et ad quem*, II, 47. l. 14, 16, 18, C., *de Judic.*, III, 1. — *Nov.* 53, c. 4, *pr.*

[24] Ces *judices* portaient aussi le nom de *judices pedanei*, *arbitri pedanei*, *nov.* 82. — l. 6, *pr.* C., *de Adv. div. jud.*, II, 8. — l. 27, C., *de Procur.*, II, 13. — JOANN. LYDUS, *de Magistr.*, III, 65.

[25] L. 16, C., *de Judic.*, III, 1. Apertissimi juris est licere litigatoribus judices delegatos antequam lis inchoetur, recusare, cum etiam ex generalibus formis sublissimæ tuæ sedis (*Præfecti prætorio sc.*) statutum sit, necessitatem imponi, judice recusato, partibus ad eligendos arbitros venire, et sub audientia eorum sua jura proponere. Licet enim ex imperiali numine judex delegatus est, tamen quia sine suspicione omnes lites procedere nobis cordi est, licet ei qui suspectum judicem putat, antequam lis inchoetur eum recusare ut ad alium curratur, libello recusationis ei porrecto : cum post litem-contestatam neque appellari posse ante definitivam sententiam jam statuerimus, neque recusari posse, ne

gua profondément le nouvel état de choses de l'ancien, c'est que tous ces juges subalternes, commissaires ou arbitres, ne furent plus, comme autrefois, assujettis dans l'examen du procès par une étroite formule; il n'y eut aucune différence entre leur manière d'agir et celle du magistrat; en résumé, dès lors, et en toute circonstance, la procédure fut toujours *extra ordinem* [26]. Du reste, dans l'administration de la justice le magistrat continua de s'aider de ses assesseurs [27]; mais c'étaient de simples conseils, quoique chargés quelquefois d'informer sur certains détails, et il leur était sévèrement défendu de prononcer une décision qu'il appartenait de rendre au seul magistrat [28]. Le juge délégué s'entourait aussi de tels conseils ou assesseurs [29].

L'introduction d'instance se modifia sous Marc-Aurèle. A côté du *vadimonium*, qui se maintint en usage [30], il fut permis d'employer une autre forme et de citer le défendeur par simple dénonciation de l'action intentée [31]. Suivant une ordonnance de Constantin, cette dénonciation devait se faire devant le préfet de la province, ou devant un officier ayant

lites in infinitum extendantur, eodem scilicet executore necessitatem partibus per ordinarium judicem et omne civile auxilium imponente et arbitros eligere, et ad eos venire; et sic litem appetere, quasi arbitri fuerint ab imperiali culmine delegati.

[26] § 8. Inst., *de Interd.*, IV. 15. — Pr. Inst, *de Succes. subl.*, III, 12.

[27] L. 2, D., *quod quisque juris*, II, 2. Hoc edicto dolus debet jus dicentis puniri; nam si assessoris imprudentia jus aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc Magistratui officere sed ipsi Assessori.

[28] *Nov.* 60, C., 2.—*Nov.* 82, C., 2. l. 2, C., *de Asses.*, I, 51. Præsides non per adsessores, sed per se subscribant libellis. Quod si quis adsessori subscriptionem inconsultis nobis permiserit, mox adsessor qui subscripsit exilio puniatur. Præsidis vero nomen ad nos referri jubemus, ut in eum severius vindicetur. (An. 329.)

[29] *Nov.* 60, C., 2, § 2. *Nov.* 82, C., 1, § 1.

[30] Coll. Leg. Mosaic., II, 6. Paul. Qui autem injuriarum agit certum dicat quid injuriæ factum sit, et taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit.

[31] Aurel. Victor, *de Cæsar.*, 16. Legum ambigua mire distincta, vadimoniorum solemni remoto, denunciandæ litis operiendæque ad diem commode jus introductum.

le *jus actorum conficiendorum*[32]. Cette forme devint d'un usage général. Après un délai légal, qui commençait à courir du jour de la dénonciation, les procédures s'engageaient devant le tribunal[33]. Mais comme ce mode d'introduction d'instance entraînait encore après soi des longueurs inutiles, on affranchit de ces formalités un assez grand nombre d'actions, dans lesquelles l'affaire s'engageait et se décidait devant le juge compétent, immédiatement et sans dénonciation préalable[34].

Plus tard la dénonciation tomba complétement en désuétude, et il n'en est plus question dans le recueil de Justinien. L'instance s'introduisit uniformément au moyen d'un libellus signé du demandeur et contenant un court exposé de l'objet et des motifs de la demande[35], libellus que

[32] C. Th., *de Denunt.*, II, 4. l. 2. Denuntiari vel apud provinciarum rectores vel apud eos quibus actorum conficiendorum jus est; decernimus, ne privata testatio mortuorum, aut in diversis terris absentium, aut eorum qui nusquam gentium sint scripta nominibus falsam fidem rebus non gestis affingat. (Constant., ann. 322.)

[33] L. 4, C. Th., *de Denunt.*, II, 4. Post celebratam denuntiationem editione rescripti (quod tamen jure sit impetratum), lis exordium auspicatur inter justas videlicet legitimasque personas. Et si quis serenitatis nostræ pendentibus temporibus responsa protulerit, non modo tempora quorum erunt curricula non dilatentur, sed et quidquid elicitum erit frivolum judicetur. (Valentinien, ann. 385.)—SYMM. *Ep.*, X, 52. Theodorus... Flavianum quemdam denuntiata lite pulsavit. Sed diem legitimum causæ lapsus excidit.

[34] L. 6, C. Th, *de Denunt.*, II, 4. Si quis debiti quod vel ex fœnore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est, seu fideicommissi dirigat actionem, aut momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelæ seu negotiorum actionem intendat, ruptis denuntiationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes jubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen æstimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri. (Arcad., ann. 406.)

[35] *Consult. vet. jurisc.*, C., 6... genus actionis edere debet (*actor. sc.*)

le magistrat faisait remettre au défendeur par un exécuteur (*executor*[36], *viator*), en y joignant une citation orale ou écrite[37]. A cette forme nouvelle on transporta les effets que l'ancien droit attribuait à la citation et à l'*editio actionis*[38]. Le défendeur devait après un délai de vingt jours, accordés à la réflexion, donner un reçu écrit de la citation[39], et assurer qu'il défendrait à la demande et resterait dans l'instance jusqu'au jugement, soit en donnant caution, ce qui était la forme la plus ordinaire, soit en prêtant serment, soit même quelquefois par une simple promesse[40]. Mais il y avait cette différence entre l'ancienne et la nouvelle procédure, que dans cette dernière, lorsqu'on agissait en son

in quo manu sua subscribat, quo dato genere actionis, acceptis triduanis induciis, quarto die respondeat adversarius suus ut leges præcipiunt, responsionibus salvis pulsato, quæ de jure et legibus suffragantur... l. 3, C., *de Ann. excep.*, VII, 40.

[36] § 24. Inst., *de Act.*, IV, 6.

[37] L. 17, § 1, C., *de Dignit.*, XII, 1.—*Nov.* 123. C., 8.

[38] § 3, Inst., *de Pœna temer. litig.*, IV, 6.—l. 4, C., *de in jus voc.*, II, 2.

[39] *Nov.* 53, C., 3. Illud quoque antiquitas quidem benefaciens disposuit... conventionis factæ libellum (αἰτιάσεως βιβλίον) suscipientem diebus æque decem deliberationem habere quo possit discutere causam et forte etiam recognoscere et liberari; post decem autem dierum inducias tunc et subscribere misso libello et judiciales implere cautiones... Sancimus... non secundum antiquitatem decem solummodo dierum habere eum qui admonetur inducias, sed duplices hoc est vigenti, ut sive repudiare voluerit, sive etiam cum eo alium judicem petere licentiam habeat hoc facere, aut forte agnoscere debitum et liberare se ab adversarii sui contentione amicabiliter, et non per calumniam et circumventionem sub judice constitui forsan suspecto, forsan ingrato, plerumque autem aliquid etiam proprium contra eum dispensante, et eo, qui litem sustinet, nullum habente tempus ad agnoscendum ea in quibus conventus occurrit. — Suscepto vero libello, sola personali fidejussione ab eo data, et sportulis... præbitis, subscribere libello qui appellatur responsionis (ὑπογράφειν τῷ καλουμένῳ ἀντιβιβλίῳ), et declarare etiam tempus quo ei libellus datus est, ne etiam ob hoc ars quædam fiat.—l. *un.* *C.*, *de his qui potent. nom.*, II, 15.

[40] *Nov.* 53, *præf.* C., 3, (*supr.*, n. 39) § 2. Inst., *de Satisd.*, IV, 11.—l. 4, § 1. C., *de Sportul.*, III, 2.—l. 17, C., *de Dignit.*, XII, 1.— l. 25, § 1. c. 33, § 3. C., *de Episc.*, I, 3.

nom propre on n'était plus astreint, comme autrefois, à donner caution *judicatum solvi*[41]. *Hodie*, dit Justinien dans les *Instituts*, *sive quis in rem actione convenitur, sive in personam, suo nomine nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro sua tantum persona quod in judicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suæ promissioni cum jurejurando quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.*

En l'absence d'une caution solvable, l'executeur devait s'assurer de la personne assignée[42], et il était tenu, sous peine d'amende, de la représenter (*exhibere*) pendant toute la durée de l'instance. Quant aux mesures à prendre pour amener les parties devant le juge et préparer l'instance, c'étaient les bureaux du magistrat qui en étaient chargés[43].

Au jour indiqué, le demandeur exposait sa plainte en détail. Les anciennes formules abolies dès le règne de Constantin, le demandeur fut tout à fait libre dans la rédaction de sa demande[44]. Mais néanmoins les anciennes distinctions

[41] *Pr.*, § 1, 2, Inst., *de Satisd.*, IV, 11. *Voyez cap.* 6, n. 66.

[42] L. 1, C., *de Sportul.*, III, 2. Quisquis fuerit exhibitus usque ad negotii terminum ab eo apparitore cui primum traditus fuit, observari eum decernimus : Si qua præsumptione fuerit hæc mansuetudinis nostræ post habita præceptio, primiscrinio qui jussa temeraverit, quinque librarum auri condemnatione multando (Valent., ann. 370.) —On faisait exception pour quelques personnes privilégiées telles que les médecins (l. 6, C., *de Medic.*, X, 52), les femmes (*Nov.* 134, c. 9.) les Décurions (*Nov.* 151, c. 1.)

[43] L. 7, C. Th., *de Off. rect. prov.*, I, 16.—l. 7, § 6, C., *de Adv. div. jud.*, II, 8. Cum lite quispiam eorum pulsatus fuerit, seu civilis causæ certamine aut criminalis quæstionis obtentu,... cum per concessum tempus eorum adesse quemquam evenit, nullas executores sportulas adsequi, nec qui controversiis movendis inserviunt aut excipiendo, seu præparando, vel officio quolibet alio, quocumque nomine sumptum exigendum censemus (ann. 524.) — *Nov.* 82, c. 7, § 1. C'était l'*ab actis* qui jouait le principal rôle dans cette circonstance. LYDUS, *de Magist.*, III, 20.

[44] L. 1, C., *de From.*, II, 58. Juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur. (Ann. 342.)

et désignations d'actions se maintinrent pour la plus grande part dans la pratique, et de la conception des formules il resta même une procédure préparatoire ayant pour objet l'impétration de l'action, qui ne fut abolie que par Théodose II [45]. Le demandeur reconnaissait-il le bien fondé de la demande, cette reconnaissance produisait le même effet que l'ancienne *confessio in jure* [46]. Y avait-il contradiction, le débat était dès lors considéré comme engagé, et c'est à ce moment qu'on rattachait le nom et les effets de l'ancienne litis-contestation [47]. Les exceptions, les répliques, les dupliques continuèrent de subsister, mais elles ne dépendirent plus de la conception d'une formule, et par une conséquence naturelle les exceptions dilatoires n'entraînèrent plus après elles la perte de l'action [48]. La procédure consista en plaidoiries et réponses dont procès-verbal était dressé par les *officiales* [49]; le juge dirigeait l'instance, et n'arrêtait les plaidoiries que lorsqu'il jugeait l'affaire suffisamment instruite [50]. Les témoins assignés par les *officia-*

[45] L. 2, C., *de Form.*, II, § 8. Nulli prorsus non impetratæ actionis in majore vel minore judicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei, et proposito negotio competentem eam esse constiterit. (Ann. 428.)

[46] C'est ce que prouve l'intitulé des tit. 2, D. XLII, et 59, C., VII, *de Confessis*.

[47] L. *un.* § 1, C. Th., *de Act. cert. temp.*, IV, 14... post litem contestatam, in judicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu.— l. 14, § 1, C., *de Judic.*, III, 1... cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam... C'est en ce sens qu'a été interpolée la loi de Sévère (*L. un. C., de Lit. contest.*, III, 9.) Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit. — *Voyez* ch. 4, n. 1.

[48] § 10, Inst., *de Except.*, IV, 13.

[49] Lydus, *de Magist.*, III, 20, 27, l. 32, § 2, C., *de Appell.*, VII, 62.. ea quæ geruntur excipere, scribere, scriptaque litigatoribus edere nostros epistolares præcipimus, officiis videlicet eorum cum quibus vir illustris quæstor judicat, exequentibus judicata.

[50] L. 1, C. Th., *de Judic.*, II, 18. Judicantem oportet cuncta rimari et ordinem rerum plena inquisitione discutere, interrogandi ac proponendi adjiciendique patientia præbita ab eo : ut, ubi actio partium limitata sit, contentiones non occursu judicis, sed satietate altercantium metas com-

les[51] prêtaient serment avant de déposer; ainsi l'avait établi Constantin[52]. On les interrogeait en présence des deux adversaires[53], procès-verbal était tenu de leurs dépositions[54], et ce procès-verbal était communiqué aux parties[55]. On fit à cette époque des lois toutes spéciales sur la preuve par titres[56]; et l'écriture jouant alors un rôle important dans les transactions, on employait d'ordinaire pour la rédaction des actes les tabellions établis dans les villes en des bureaux (*stationes*) situés sur les places publiques[57].

Voici maintenant quels principes réglaient la matière des jugemens. La sentence devait, sous peine de nullité, être mise en écrit et lue sur la minute (*periculum*)[58]. On l'insérait

presserint, sæpius requiratur et crebra interrogatione judicis frequentetur : *num quid novi resideat quod annecti allegationibus in judiciaria contentione conveniat?* cum ad alterutrum hoc proficiat sive definienda sit causa per judicem, sive ad nostram scientiam referanda. Nec ad nos mittatur aliquid, quod plena instructione indigeat. (Ann. 321.)

[51] SYMM., *Epist.*, X, 48... Officio negocium dedi ut necessarios evocaret. Prænestini, in quorum finibus Cesariana possessio jacet, missis apparitoribus, exhibentur.

[52] L. 9, *pr.*, C., *de Testib.*, IV, 20. Jurisjurandi religione testes, prius quam perhibeant testimonium, jamdudum arctari præcipimus : et ut honestioribus potius testibus fides adhibeatur. Sur l'ancien droit *voyez* ch. 6, n. 72.

[53] L. 19, C., *de Testib.*,—l. 18, C., *de Fide instrum.*, IV, 21.—*Nov.* 90, c. 9.

[54] L. 20, C., *de Testib.*, IV, 20. — *Nov.* 90, c. 3, 5, 6.

[55] *Nov.* 90, c. 4.

[56] L. 16, l. 20, C., *de Fide instrum.*, IV, 21. *Nov.* 49, c. 2. *Nov.* 73, c. 3, 4, 6, 7. Toutes ces lois ont pour principal objet la vérification d'écritures.

[57] L. 17, C., *de Fide instrum.*, IV, 21. *Nov.* 44. *de Tabellionibus* (περὶ τῶν συμβολαιογράφων.) *Nov.* 73, c. 2, 5, 7, 8.

[58] L. 2, C., *de Sent. ex peric. recit.*, VII, 44. *Ibid.*, l. 3. Statutis generalibus jussimus, ut universi judices quibus reddendi juris in provinciis permisimus facultatem, cognitis causis, ultimas definitiones descripti recitatione proferant. Huic adjicimus sanctioni, ut sententia quæ dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiæ habere mereatur : nec ad rescissionem perperam decretorum, appellationis solemnitas requiratur. (Ann. 374.)—l. 1, 2, 3, C. Th., *de Sent. ex peric. recit.*, IV, 17. *Nov.* 83, *in ppio.*

ensuite dans le registre des arrêts; le juge la signait, et on en délivrait copie aux parties avec extrait du procès-verbal [59]. En Orient, depuis Arcadius, il fut permis de rédiger les jugemens en langue grecque [60]; mais à Constantinople l'usage de la langue latine se maintint jusqu'à Justinien [61]. Il ne fut plus nécessaire que la condamnation portât toujours sur une somme d'argent; elle pouvait avoir pour objet la chose même qui avait occasionné le litige [62]. Mais comme, dans le nouvel ordre de choses, on admettait, ainsi que dans l'ancien, les décisions amiables du judex, la distinction des *actiones arbitrariæ* continua d'exister [63]. Dans les questions difficiles, le juge, au lieu de prononcer lui-même, avait le droit de renvoyer la décision à l'empereur [64]. Dans ce cas, une fois les procédures terminées, il transmettait à

[59] LYDUS, *de Magist.*, III, 11.

[60] L. 12. C., *de Sent. et interloc.*, VII, 45.

[61] LYDUS, *de Magist.*, II, 12; III, 11, 20, 42.

[62] § 32, Inst., *de Act.*, IV, 6.—l. 17, C., *de Fideic. libert.*, VII, 4. Cum quidam servum suum ita legaverit ut legatarius libertatem ei imponat, et heres ad hujus modi legatum improbe versatus, servum dare legatario dedignatus est, ut etiam lite pulsetur, et judex non in ipsum servum, sed in æstimationem litis condemnationem proferat, veteris juris interpretes dubitant, ne quod obstaculum libertati ex hac causa procedat. Et si placuerit eamdem deberi libertatem, a quo danda sit: utrum ne ab herede an a legatario? Et si heres imponat libertatem, an legatarius quod ex pecuniaria condemnatione accipit, firmiter detineat, sive in totum, sive ex parte, sive etiam nihil? Talem itaque altercationem resecantes, miramur quare judex, qui præpositus est in prædicta causa, non omnimodo condemnationem in servum, sed in æstimationem ejus fecerit, cum ipsius vitium etiam hujus modi præbuit altercationi occasionem. Unde si talis questio emerserit, nullum quidem judicem ita esse stultum putamus, ut hujus modi proferat condemnationem, sed si legatarius immineat, quatenus ei servus restituatur, et post litem contestatam duorum mensium spatium effluxerit, censemus illico ad libertatem eripi servum, et illum quidem liberum esse, heredem autem pro sua indevotione in omnes expensas, quas legatarius in lite fecit, in quadruplum ei condemnari, jure patronatus integro legatario servando.

[63] *Sup.*, ch. 5, note, 11.

[64] L. 1, C. Th., *de Relat.*, XI, 29. Super paucis, quæ juridica sententia decidi non possunt nostram debes consulere majestatem, ne occupationes

l'empereur, par un de ses officiales, le procès-verbal de l'affaire, son avis et les conclusions des parties [65]. La décision était remise à une commission composée du questeur du palais et de deux autres *personæ illustres* [66]. Plus tard Justinien eut le courage d'abolir ces *relationes*, qui, en favorisant la paresse ou la timidité du juge, éternisaient les procès [67].

Quand le défendeur se tenait caché pour éviter la citation [68] ou quand, après la citation faite et la caution donnée, il ne se présentait pas [69] ou qu'il se retirait de la procédure [70], l'affaire se continuait sans lui après les trois citations d'usage [71] et si le jugement lui était contraire, on accordait au demandeur l'envoi en possession des biens du défendeur [72] ou la possession de l'objet litigieux quand l'action était réelle [73].

nostras interrumpas, cum litigatoribus legitimum remaneat arbitrium a sententia provocandi (ann. 312). — l. 55, C. Th., *de Appell.*, XI, 30.— Walter, *Constitution romaine*, *ch.* 31, n. 124.

[65] L. 5, C. Th., *de Relat.*, XI, 29.— l. 1, 8, 24, 29, 31, C. Th., *de Appell.*, XI, 30. l. 1, C., 9, *de Relat.*, VII, 61. *Nov.* 82. c. 14.— On peut voir des exemples de ces *Relationes* dans Symm., *Ep.*, II, 30, X, 39, 50.

[66] L. 34, C., *de Appell.*, VII, 62.

[67] *Nov.* 125.

[68] L. 1, C., *quorum appell.*, VII, 65. l. 9, C., *de bon. auct. jud. possid.*, VII, 72. Nam si ad circumscriptionem tui juris latitat, nec defenditur, et eum tuum esse debitorem constat, ad exemplum Edicti bonorum ejus possessionem poteris impetrare. Tempore autem transacto etiam venditionem eorum a competenti judice postulare non prohiberis.

[69] *Nov.* 53, c. 4, § 1. — *Nov.* 69, c. 3, *pr.*

[70] L. 13, § 3, C., *de Judic.*, III, 1. Sin autem reus abfuerit, et similis ejus processerit requisitio, quemadmodum pro persona actoris diximus, etiam absente eo eremodicium contrahatur, et judex (secundum quod veteribus legibus cautum est) ex una parte cum omni subtilitate causam requirat, et si obnoxius fuerit inventus, etiam contra absentem promere condemnationem non cesset, quæ ad effectum perducatur, et per res et facultates fugientis victori satisfiat.

[71] *Sup.*, cap., 6, note 83; c. 7, n. 20.

[72] *Sup.*, n. 68, 69, 70.

[73] L. 8, § 3, C., *de Præscr. trig. ann.*, VII, 39. Sed et si quis, non per

Au lieu de suivre l'ordre général des procédures, il était permis de s'adresser immédiatement à l'empereur, ce qui avait lieu par un *libellus supplicationis* [74], à la présentation duquel la jurisprudence attachait les effets de la litiscontestation [75]. Ordinairement l'empereur n'examinait pas lui-même l'affaire; il renvoyait le demandeur devant le juge ordinaire ou devant un juge délégué, et ce renvoi avait lieu par un rescrit rédigé par le questeur et signé par l'empereur [76]. Le demandeur communiquait au juge ce rescrit avec le *libellus*, et le juge à son tour communiquait ces deux pièces au défendeur [77]. Aussi longtemps que la litisdénonciation fut en usage [78], l'*editio rescripti* en tint lieu et fit courir les mêmes délais [79]. Le reste des procédures suivait la marche accoutumée.

vim, sed per sententiam judicis eam obtinuerit, ea tantum occasione quod absens prior possessor ad litem vocatus minime responderit, licebit ei, et ad similitudinem cæterorum, qui rei dominium habent, intra annum se offerenti, cautionemque suscipiendæ litis danti, eamdem rem recipere, superque ea cognitionalia subire certamina.

[74] L. 8, C., *de precib. Imp. offer.*, I, 19. Instrumentorum exempla non prosit precibus adjunxisse : sed necesse sit eorum in supplicatione vim exprimi, ut responsuro Principi vera precatio rem aperiat cognoscendam; his solis (cum necessitas exegerit) verbis precibus inferendis, quorum de sensu inter partes ita dubitari contigerit, ut etiam merito nostrum expectetur judicium.

[75] L. 10, C. Th., *de div. rescr.*, I, 2. Dubium non est, contestationem intelligi etiam, si nostræ fuerint tranquillitati preces oblatæ, easque adversus heredem quoque ejus, in quem porrectæ sunt, vel ab herede ejus qui meruerit exerceri. Nam sicut ex causis numerosis etiam hæc actio transmittitur ad heredem, quæ testatori competiisse monstratur, sic et e diversa definitione jurisconsultorum omnium consona responsione firmatur, ab herede actionem non incipere, quæ non competierit testatori (396). — l. 1, C., *quando libel.*, I, 20.

[76] L. 6, l. 7, C., *de divers. resc.*, I, 23.

[77] L. 2, C. Th., *unde vi.*, IV, 22. — l. *un.* C. Th., *de Act. cert. temp.*, IV, 14. — *Nov.* 112, c. 3, *pr.*

[78] *Sup.*, n. 31, 35.

[79] L. 4, C. Th., *de Denunt.*, II, 4, (*sup.*, n. 33), l. 5, *ibid.* SYMM., *Ep.*, X, 30.

Un changement qui se fit sentir dans toutes les parties de la procédure fut l'introduction des *sportulæ* pour les officiers de justice. Constantin avait défendu, mais en vain, cet abus, qui depuis longtemps subsistait dans les provinces[80]; et au cinquième siècle, on dut se contenter de mettre des bornes à un arbitraire excessif en établissant une taxe légale. Il y eut dès lors des *sportulæ*, reconnues par la loi pour l'insinuation et la citation[81], pour l'introduction d'instance, pour la rédaction et la signification des actes[82] et le reste. Les *judices pedanei* eurent également des *sportulæ* dont la loi, quand le litige montait à plus de cent aurei, fixa le chiffre à quatre aurei pour chacune des parties[83], somme lourde assurément. Certaines personnes avaient le privilége de ne rien payer[84] ou de payer moins que la taxe ordinaire[85], et ce privilége profitait à leurs adversaires[86]. Dans les affaires de peu de valeur[87], ou dans les procès concernant les clercs et portés devant une juridiction ecclésiastique[88], on procédait, pour éviter les frais de justice, sans écritures, par simple citation de vive voix, et l'on se contentait de tenir une notation sommaire des procédures et du jugement.

[80] L. 7, C. Th., *de off. Rect. pro.*, I, 16 (*sup.*, c. 6, n. 25).

[81] Théoph., IV, 6, § 34, nous apprend que ce droit était de demi pour cent de la somme réclamée. L. 29, § 1, 3, C., *de Episc. aud.*, I, 4.

[82] L. 12, § 1, C., *de proxim.*, XII, 19. l. 4, C., *de Castrens.*, XII, 26.

[83] *Nov.* 82, c. 7, 9.

[84] L. 7, § 6, C., *de adv. div. jud.*, II, 8. *Nov.* 123, c. 28.

[85] L. 25, § 2; l. 33, § 5, C., *de Episc.*, l. 3; v. aussi la note 82.

[86] L. 6, C., *de fruct.*, VII, 51.—l. 12, § 4, C., *de proxim.*, XII, 19.

[87] L. 3, § 4, C., *de privil. schol.*, XII, 30.—*Nov.* 17, c. 3. *Nov.* 28, c. 3. *Nov.* 82, c. 5. Lydus, *de Magist.*, III, 15.

[88] *Nov.* 83, præf. pr.

CHAPITRE VIII.

De l'Exécution.

D'après la loi des Douze Tables, le condamné avait pour s'exécuter un délai de trente jours[1]; ce délai expiré, son adversaire pouvait l'amener devant le magistrat et intenter contre lui la *legis actio* par *manus injectio*. L'effet de cette *legis actio* était tel que si le défendeur ne présentait pas caution suffisante, le demandeur l'emmenait prisonnier[2]. On le gardait captif durant soixante jours, et pendant ce délai, son nom et le montant de la dette étaient publiquement criés par trois jours de marché. Si cet appel n'avait point de résultat, on pouvait tuer le débiteur ou le vendre à l'étranger[3]. Cette exécution avait lieu non-seu-

[1] GELLIUS, XV, 13; XX, 1. Confessi igitur æris, ac debiti judicatis triginta dies sunt dati conquirendæ pecuniæ causa quam dissolverent; eosque dies decemviri justos appellaverunt, velut quoddam justitium, id est juris inter eos quasi interstitionem quamdam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi jure possit. Post deinde nisi dissolverant, ad prætorem vocabantur, et ab eo, quibus erant judicati, addicebantur; nervo quoque, aut compedibus vinciebantur. Sic enim sunt, opinor, verba legis : *Æris confessi, rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto; post deinde manus injectio esto, ni judicatum facit aut quis eum in jure vindicit secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo, ne majore : aut si volet minore vincito; si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit libras farris in dies dato.* Erat autem jus interea pasciscendi. Ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad prætorem in comitium producebantur, quantæque pecuniæ judicati essent, prædicabatur. Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.

[2] LIV., II, 23, 24, 27, 28.— GELL., XX, 1 (*sup.*, n. 1). GAIUS, IV, 21, 25 (*sup.*, c. 3, n. 41).

[3] GELL., XX, 1 (*sup.*, n. 1).

lement pour les dettes d'argent, mais en toute espèce de jugemens (*rebusque jure judicatis*[4]), ainsi même quand la condamnation avait pour objet la restitution d'une chose, ou quelque autre prestation personnelle[5]. Avec une telle puissance accordée au demandeur sur la personne de son débiteur, il eût été bien superflu de joindre une exécution judiciaire sur les biens; aussi était-elle inconnue dans ces anciens jours.

Le principe qui laissait l'exécution au demandeur se maintint dans la législation prétorienne; mais il devint possible de saisir directement les biens sans s'adresser à la personne[6]. Quand le débiteur n'exécuta pas le jugement dans le délai donné[7], on obtint du magistrat un *decretum*[8] qui autorisa le demandeur à s'emparer, avec l'aide des offi-

[4] SAVIGNY, dans son *Mémoire sur le prêt d'argent chez les Romains*, est d'une opinion contraire à la nôtre; mais il a été réfuté par BETHMANN-HOLLWEG, *Handbuch*, I, § 28, 29.

[5] GAIUS, IV, 48 (*sup.*, cap. 5, n. 4).

[6] Il semblerait d'après l'édit que rapporte Tite-Live, II, 24, qu'il eût été loisible d'agir ainsi dès les premiers temps. Mais cet édit ne parle que des *nexi* pour lesquels arriverait le jour d'échéance pendant qu'ils sont occupés à la guerre; l'édit les protége contre le droit rigoureux de leurs créanciers.

[7] GAIUS, 78. Si quidem vivi bona veneant, jubet ea prætor per dies continuos XXX possideri, tum proscribi; si vero mortui, post dies XV: postea jubet convenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est, eum, per quem bona veneunt: itaque si vivi bona veneant, in diebus... jubet, si mortui in die..., nam vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici jubet: quare autem tardius viventium bonorum venditionem complere jubeat illa ratio est, quia de vivis curandum erat né facile bonorum venditiones paterentur.— l. 2, 4, § 5. l. 7, 29, 31, *de Re jud.*, D., XLII, 1.

[8] L. 15, *pr.*, § 1, D., *de Re jud.*, XLII, 1. Les magistrats municipaux n'avaient point le droit de rendre ce décret; ce droit appartenait en Italie au préteur, dans les provinces au gouverneur. *L. Rubria de Gallia Cisalp.*, c. 21, 22. l. 26, D., *ad Municip.*, L., 1 (*sup.*, c. 7, n. 4). — l. 4, D., *de Jurisd.*, II, 1. Jubere caveri prætoria stipulatione, et in possessionem mittere, imperii magis est quam jurisdictionis.

ciers judiciaires[9], de tout l'avoir du débiteur[10]. Cet envoi se nommait *missio in possessionem rei servandæ causa.* On attribua un interdit spécial[11] à cet envoi en possession qui avait pour but de conserver la chose[12] : « ..... *Rei servandæ causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in*

[9] L. 3, D., *ne vis fiat*, XLIII, 4. Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa, et non admittatur, potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit; aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere : sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos jure suæ potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. § 1. Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona heredis quis admittatur certis modis. Si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est, actionem hanc utilem competere; ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione. — l. 5, § 27, D., *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4. Missus in possessionem, si non admittatur, habet interdictum propositum; aut per viatorem, aut per officialem præfecti, aut per magistratus introducendus est in possessionem.

[10] L. 1, D., *quibus ex caus. in poss. eatur*, XLII, 4. Tres fere causæ sunt, ex quibus in possessionem mitti solet : rei servandæ causa, item legatorum servandorum gratia, et ventris nomine; damni enim infecti nomine, si non caveatur, non in universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum metuetur. — Le décret d'exécution avait force même pour les biens situés dans une autre province. Cic., *pro Quint.*, 6, 7, 25.

[11] L. 1, *pr.* D., *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. Ait prætor : *si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo, ejusve cujus ea jurisdictio fuit, in possessione bonorum sit, in eum in factum judicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit dabo.* § 1. Hoc edictum summa providentia prætor proposuit; frustra enim in possessionem mitteret rei servandæ causa, nisi missos tueretur, et prohibentes venire in possessionem coerceret.

[12] Cic., *pro Quint.*, 27, l. 3, § 23, *de acq poss.*, XLI, 2. Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando jussu magistratus, rei servandæ causa, vel quia damni infecti non caveatur, possidemus, ineptissimum est; nam qui creditorem rei servandæ causa, vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem sed custodiam rerum et observationem concedit; et ideo, quum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis, et per longam possessionem capere prætor causa cognita permittit. — *Ibid.*, l. 10, § 1. — l. 5, *pr.* D., *ut in poss. leg.*, XXXVI, 4.

possessione custodiæ causa, » dit Ulpien. Du même coup le demandeur obtenait sur la chose saisie et un droit de gage que protégeait le préteur [13] et le droit de faire vendre [14]. La poursuite n'avait pas lieu par la forme ancienne de la *manus injectio*, mais au moyen d'une action ordinaire, dont l'objet était l'exécution de l'obligation qu'avait engendrée le *judicatum* [15]. Seulement il est aisé de comprendre que le défendeur n'avait contre cette action que des moyens de défense fort restreints [16], et encore lui fallait-il donner caution [17]. En outre, le refus d'exécuter le *judicatum* entraînait après soi la peine du paiement au double de la somme réclamée [18]. Cette exécution par envoi en possession avait éga-

[13] L. 26, D., *de Pign. act.*, XIII, 7. Non est mirum si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constituit, quum testamento quoque pignus constitui posse, imperator noster cum patre sæpissime rescripserit. § 1. Sciendum est ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. — l. 35, D., *de Rebus auct. jud.*, XLII, 5.

[14] L. 6, § 1, D., *quibus ex caus.*, XLII, 4. Quum dicitur : *et ejus cujus bona possessa sunt a creditoribus veneant, præterquam pupilli et ejus, qui reipublicæ causa sine dolo malo afuit*, intelligimus, ejus, qui dolo malo abfuerit posse venire. *Ibid.*, § 2. *Ibid.*, l. 14, § 2. Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.

[15] L. 3, § 11, D., *de Pecul.*, XV, 1.—l. 1, *pr.* D., *quæ sentent.*, XLIX, 8.

[16] L. 56, D., *de Re jud.*, XLII, 1. Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam nihil quæritur post orationem Divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur.— l. 28, § 8, D., *de Jurej.*, XII, 2.— l. 75, D., *de Jud.*, V, 1. Si prætor jusserit eum, a quo debitum petebatur, adesse, et ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere, non utique judex qui de judicato cognoscit debet de prætoris sententia cognoscere ; alioquin lusoria erunt hujus modo edicta et decreta prætorum. — Marcellus notat : si per dolum sciens falso aliquid allegaverit et hoc modo consecutum eum sententia prætoris liquido fuerit approbatum, existimo debere judicem querelam rei admittere. — Paulus notat : si autem morbo impeditus, aut Reipublicæ causa avocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem judicati eo casu in eum denegandam, vel exsequi prætorem ita judicatum non debere.

[17] Gaius, IV, 25 (*sup.*, c. 3, n. 41), 102. V. *sup.*, ch. 6, n. 66; ch. 7, n. 42.

[18] Gaius, IV, 9. Rem vero et pœnam consequimur, velut ex his causis

lement lieu contre les absens, contre ceux qui se cachaient, contre ceux qui ne suivaient pas sur le *vadimonium*, et enfin contre ceux qui refusaient de répondre devant le préteur [19].

Ce fut sous l'empire que pour la première fois le magistrat fut chargé de l'exécution directe. Cette forme nouvelle s'introduisit probablement à l'occasion des *cognitiones extraordinariæ*. Quand la condamnation était pécuniaire, après l'expiration d'un délai calculé sur la situation de fortune dans laquelle se trouvait le débiteur [20], un officier de justice saisissait et gardait comme *séquestre* des créanciers [21] quelques-uns des biens du condamné [22]. Si ce dernier ne rachetait pas le gage

ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus : quod accidit per actionem judicati, depensi, damni in[juriæ legis Aquiliæ, aut] legatorum nomine quæ per damnationem certa relicta sunt. — *Ibid.*, 171. — PAUL, *Sent.*, I, 19, § 1. — CIC., *pro Flacco.*, 21.

[19] *Sup.*, cap. 6, n. 38, 58, 59, 84.

[20] L. 31, D., *de Re jud.*, XLII. 1. Calistratus (libro II, cognitionum). Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat; si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli Divus Pius in hæc verba rescripsit : *His qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur; eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi, eaque si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cujus pignora vendita erant.* — l. 9, C., *de Exc. rei jud.*, VII, 53.

[21] L. 10, D., *qui potior.*, XX, 4. — l. 1, C., *si in causa jud.*, VIII, 23. Res ob causam judicati datas, ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ac distrahi posse sæpe rescriptum est. Nam in vicem justæ obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. (Ann. 214.)

[22] L. 15, *pr. de Re jud.*, D., XLII, 1, § 2. In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem res mobiles, animales pignori capi jubent, mox distrahi; quarum pretium si sufficerit bene est; si non sufficerit, etiam soli pignora capi jubent et distrahi; quod si nulla moventia sunt, a pignoribus soli initium faciunt. Sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur; nam a pignoribus soli initium faciendum non est; quod si nec quæ soli sunt sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad jura : exsequuntur itaque rem judicatam prætores isto modo. *Ibid.*, § 8.

dans les deux mois, le préteur faisait vendre les biens saisis[23]; et quand aucun acheteur ne se présentait, il les adjugeait au créancier à un taux déterminé[24]. Par une suite naturelle de ce nouveau principe, quand le jugement ordonna la restitution d'une chose, cette restitution se fit par la main de la justice[25]. Il fut permis néanmoins (et sans doute au choix du créancier) de se tenir à l'ancienne forme d'exécution par envoi en possession, et Justinien fortifia même le droit de gage que le préteur avait donné dans ce but[26]. Il y eut seulement cette modification que le créancier n'obtint plus, comme dans l'ancienne législation, l'envoi

[23] L. 31, D., *de Re jud.*, XLII, 1 (*sup.*, n. 20). — l. 50. D., *de Evict.*, XXI, 2. Si pignora veneant per apparitores prætoris extra ordinem sententias sequentes, nemo unquam dixit, dandam in eos actionem re evicta; sed si dolo rem viliori pretio projecerunt, tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei. — l. 2, C., *si in causa jud.* VIII, 23.

[24] L. 15, § 3, *de Re jud.*, D., XLII, 1. Si pignora, quæ capta sunt, emptorem non inveniant, rescriptum est ab imperatore nostro, et Divo patre ejus, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. Addicantur autem utique ea quantitate, quæ debetur; nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere.— *Ibid.*, § 6.— l. 3, C., *si in causa jud.*, VIII, 23. In causa judicati pignora ex auctoritate præsidis capta, potius distrahi quam jure dominii possideri consueverunt : si tamen per calliditatem condemnati emptor inveneri non potest, tunc autoritate principis dominium creditori addici solet.

[25] L. 68, *de Rei vind.*, VI, 1. Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum dumtaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet. *Voyez* aussi cap. 5, n. 10.

[26] L. 2, C., *de Præt. pign.*, VIII, 22.

en possession de tous les biens du débiteur, mais seulement de portion suffisante pour lui assurer satisfaction *usque ad modum debiti*[27]. On pouvait employer cette voie d'exécution contre celui qui ne s'était pas présenté pour se défendre; mais pour autoriser ce moyen, il ne suffisait plus, comme autrefois, du seul défaut : il fallait qu'après une procédure régulière, jugement eût été prononcé contre l'absent [28]. Les mesures que nécessitait l'exécution étaient du ressort de l'*officium*, auquel il fallait s'adresser en ce cas [29]. Du reste pour décider le débiteur à s'exécuter volontairement (car ce principe de l'ancienne législation était resté dans l'esprit de la nouvelle), Théodose ordonna, en l'an 380, que si le débiteur ne payait pas dans un délai de deux mois, les intérêts de la dette courraient contre lui à raison de 24 pour cent : « *Quod a nobis*, dit l'empereur, *exemplo æquabili ex juris prisci est formulis introductum, ut, quia malæ fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, æque malæ fidei debitores, simile damni periculum persequantur*[30]. » Justinien étendit le délai de deux à quatre mois et réduisit le taux de l'intérêt de 24 à 12 pour cent [31].

A côté de l'exécution sur les biens, la contrainte personnelle par réduction en servitude se maintint en Italie [32] et dans les provinces [33]. Elle subsista sous les empereurs [34] jusque

[27] L. 6, § 3, 4, C., *de his qui ad Eccl.*, I, 12. *Nov.* 53, c. 4, § 1.

[28] *Sup.*, ch. 7, n. 70-75.

[29] Lydus, *de Magist.*, III, 11, 12.

[30] L. *un.*, C. Th., *de Usur. rei jud.*, IV, 19.

[31] L. 2, 3, C., *de Usur. rei jud.*, IV, 19.

[32] Denys, XVI, 9. — Livius, XXIII, 14. — *L. Rubria*, c. 21, 22.

[33] Plutarch., *Lucullus*, 20. — Cic., *pro Flacco*, 20, 21. En Égypte la contrainte par corps pour dettes était défendue de toute antiquité. (Diodore, I, 79), et ce précieux privilége fut consacré par une constitution impériale, ainsi que le prouve l'édit de Tiberius Alexander.

[34] Seneca, *de Benef.*, III, 8. — Gellius, XX, 1. — Paul, *Sent.*, V, 26. l. 34, D., *de Re jud.*, XLII, 1. Si victum vel stratum inferri quis judicato non patietur, utilis in eum pœnalis actio danda est, vel, ut quidam putant, injuriarum cum eo agi poterit.— l. 1, C., *qui Bon.*, *ced.*, VII, 71 Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati

dans les derniers temps[35], non-seulement pour les dettes pécuniaires, mais pour d'autres causes également. Seulement les magistrats municipaux, qui n'avaient plus le droit d'accorder l'*immissio in bona*, ne pouvaient non plus accorder la contrainte que pour les dettes pécuniaires d'un chiffre déterminé[36].

Aussi longtemps que les *legis actiones* furent en usage, l'exécution eut lieu par la forme de la *manus injectio*[37], plus tard par simple *actio judicati*. La position de l'*adjudicatus* fut alors sensiblement adoucie : ce ne fut plus un esclave de fait[38], ce fut un travailleur forcé de donner sa peine jusqu'à ce que la dette fût amortie, mais réservé son droit d'ingénuité[39]. Établir des prisons particulières fut défendu sous peine du crime de lèse-majesté[40], et on empêcha également d'étendre la peine du père aux enfans en faisant travailler ces innocens[41].

Le fisc exerçait contre ses débiteurs une contrainte personnelle des plus rigoureuses; on n'y pouvait échapper même par la cession de biens, ce remède ordinaire de l'infortune : « *Ne quis omnino fisci debitor..... bonorum faciens cessionem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitæ quantitatis, congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur.* » Ainsi s'explique une

In eo enim tantum modo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem. (Ann. 224.)

[35] L. 8, C., *qui Bon., ced.*, VII, 71.— *Nov.* 135, c. 1.

[36] L. *Rubria*, c. 21, 22. Voyez *sup.*, n. 8.

[37] Gaius, IV, 25 (*sup.*, cap. 3, n. 41).

[38] Liv., II, 23; VIII, 28.— Gaius, III, 189, 199.—l. 9, C., *de liber, caus.*, VII, 16.

[39] Quintil., *Inst. orat.*, V, 10, 60; VII, 3, 27; *Declam.*, 311, 340, 342.

[40] L. 1, C., *de Privat. carcer.*, IX, 5. — l. 23, C., *de Episc. aud.*, I, 4. Il ne faudrait pas conclure de ces passages que dans ces derniers temps la contrainte par corps consistât seulement en un emprisonnement dans une maison d'arrêt publique.

[41] L. 12, C., *de Obl. et act.*, IV, 10. Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur. — *Nov.* 134, c. 7.

loi cruelle rendue par Théodose[42]. Il y eut pour les dettes résultant de l'impôt quelques adoucissemens qui n'attestent que trop quelle était alors la rapacité du fisc et la grandeur du despotisme[43].

Quand il y avait plusieurs créanciers en concurrence, ils pouvaient, d'après la loi des Douze Tables, couper en morceaux le débiteur commun, atrocité qui ne fut jamais mise à exécution ou du moins dont l'histoire n'a gardé aucune trace[44]. Mais la procédure de l'édit était la même, qu'un seul ou plusieurs créanciers demandassent l'*immissio*. On envoyait en possession des biens pendant trente jours (quinze seulement si le débiteur était mort)[45]. La vente était annoncée par des affiches (*libelli*) mises aux places les plus fréquentées de la ville[46]. Ces affiches servaient en même temps d'avis

[42] L. 9, § 6, D., *ad. l. jul. pecul.*, XLVIII, 13.—l. 1 C. Th., *qui bon.*, IV, 20. — l. 4. C. Th., *de fisci debit.*, X, 16.

[43] L. 3, C. Th., *de Exact.*, XI, 7. l. 7, *ibid.* Provinciales pro debitis plumbi verbera vel custodiam carceris minime sustinere oportet, cum hos cruciatus non insontibus, sed noxiis constitutos esse noscatur; satis vero sit debitorem ad solvendi necessitatem capione pignorum conveniri. (Ann. 353.)

[44] Gellius, XX, 1. Sed eam capitis pœnamanciendæ... fidei gratia, horrificam atrocitatis ostentu, novisque tenoribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent, quibus reus esset judicatus, secari si vellent atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare : *Tertiis, inquit, nundinis partes secanto; si plus minusve secuerunt sine fraude esto.* Nihil profecto immitius, nihil immanius : nisi (ut re ipsa apparet) eo consilio tanta pœnæ immanitas denuntiata est, ne ad eam unquam perveniretur, Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt. Dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi, neque audivi, quoniam sævitia ista pœnæ contemni non passa est. — Dio Cass., *Exc. Mai.*, 12. — Quintil. *Inst. orat.*, III, 6, § 84. Tertull., *Apol.*, 4.

[45] Gaius, III, 79 (*sup.*, n. 7).

[46] Cic., *pro Quint.*, 6, 15, 19. Seneca, *de Benef.*, IV, 12. Spondeo pro judicato, et suspensum amici bonis libellum dejicio, creditoribus ejus me obligaturus.—Théophile, III, 12, explique au long toute cette procédure ; je le traduis : « On mettait dans les places les plus fréquentées de la ville

aux créanciers qui ne s'étaient pas présentés[47]. Pendant le cours de ces délais, le débiteur, ou quelque autre pour lui, pouvait arrêter l'envoi en possession, soit en offrant de payer, soit en alléguant des motifs d'opposition légitime; mais on n'écoutait la défense qu'après caution donnée[48]. Le délai écoulé, les créanciers choisissaient parmi eux un syndic (*magister*) qui, après un second délai[49], adjugeait les biens à celui qui promettait aux créanciers le dividende le plus élevé[50]. A offre égale, la préférence appartenait au créancier d'abord, puis ensuite au parent du débiteur[51]. Quand il y avait des retards à la vente, ou qu'il était nécessaire de la reculer dans l'intérêt même des créanciers, ces derniers, d'accord avec le préteur, nommaient un *curator*[52].

une affiche (προγραφή) ainsi conçue : *N. notre débiteur est tombé en déconfiture; nous, ses créanciers, nous vendons son patrimoine; qui veut acheter se présente.* Peu de jours après il y avait une nouvelle convocation de créanciers dans laquelle se décidaient les conditions de la vente (*lex bonorum vendundorum*), et alors on ajoutait à l'affiche une clause de ce genre : *L'acquéreur répondra aux créanciers de la moitié des dettes du débiteur, de façon que celui à qui sont dus cent solidi en reçoive cinquante, et que celui à qui on doit deux cents solidi en reçoive cent.* L'analogie de cette procédure de la *Bonorum emptio* avec celle de nos faillites est frappante en plus d'un point.

[47] Cic., *pro. Quint.*, 23. — l. 12, pr., D., *de reb. aut. jud.*, XLII, 5.

[48] Senec., *de Benef.*, IV, 12 (*sup.*, n. 46). — l. 33, § 1, D., *de reb. aut. jud.*, XLII, 5. Defendere debitorem, sicut antequam bona ejus possiderentur, licet; ita post bonorum quoque possessionem ejus, sive ipse sui, sive alius defensionem ejus suscipiat, debet satisdare, ut satisdatione interposita judicium accipiatur, et a possessione discedatur.

[49] Gaius, III, 79. Cic., *pro. Quint.*, 15; *ad Att.*, I, 1; VI, 1, 12.

[50] Théophile, III, 12, pr. (*Sup.*, n. 46.)

[51] L. 16, D., *de rebus aut. jud.*, XLII, 5. Quum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei et ejus, qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve; magis tamen creditor, quam cognatus, et inter creditores potior is, cui major pecunia debebitur.

[52] L. 2, pr., *de Curat. bon. dando*, XLII, 7. De curatore constituendo hoc jure utimur, ut præses adeatur, isque curatorem curatoresque constituat ex consensu majoris partis creditorum, vel præses provinciæ, si bona distrahenda in provincia sunt. § 1. Quæque per eum eosve, qui ita creatus creative essent, acta, facta, gestaque sunt, rata habebuntur,

Pour obvier à des aliénations frauduleuses faites avant ou pendant l'*immissio*, on avait établi l'*actio Pauliana*, à fin de dommages-intérêts, et l'*interdictum fraudatorium*, à fin de restitution de la chose vendue [83]. L'*actio Pauliana* s'intentait même contre le débiteur, encore bien qu'elle ne pût donner contre lui que la contrainte personnelle : c'était la punition de la fraude [84]. L'acquéreur se trouvait en tous les droits du débiteur, comme eût fait un successeur, à titre universel [85],

iisque actiones et in eos utiles competunt. Et si quem curatores mitterent ad agendum vel defendendum uti jus esset, nec ab eo satis, neque de rato, neque judicatum solvi nomine ejus cujus bona veneant, exigetur, sed nomine ipsius curatoris, qui eum misit. — l. 6, § 2, D., *quib. ex. caus. in poss.*, XLII, 4. — l. 14, *pr.* D., *de reb. aut. jud.*, XLII, 5.

[83] L. 1, *pr.*, D., *quæ in fraud. credit.*, XLII, 8. Ait Prætor : *Quæ fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit, servabo.* — *Ibid.* l. 10. Ait Prætor : *Quæ Lucius Titius fraudandi causa, sciente te in bonis quibus de agitur fecit, ea illis, si eo nomine quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei si non plus quam annus est, cum de ea re qua de agitur experiundi potestas est, restituas, interdum causa cognita, et si scientia non sit, in factum actionem permittam.* — § 6, Inst., *de Act.*, IV, 6.

[84] L. 25, § 7. *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8. Hæc actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat, in fraudatorem eam dandam, quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur, et iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent. Si vere quædam disperdidisset, si nulla restitutione recuperari possent, nihilominus actio in eum dabitur; et prætor non tantum emolumentum actionis intueri videtur in eo qui exutus est bonis, quam pœnam. — l. 6, C., *de Revoc.*, VII, 75.

[85] Gaius, II, 98; III, 77. Videamus autem et de ea successione, quæ nobis ex emptione bonorum competit. 78. Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum; vivorum velut eorum qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur; item eorum qui ex lege Julia bonis cedunt; item judicatorum post tempus, quod eis partim ex lege XII Tabularum, partim ex edicto prætoris ad expediendam pecuniam tribuitur; mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium justum successorem existere.

mais seulement en vertu du droit prétorien[56]. Pour obtenir la possession de la chose, il avait un interdit spécial (*interdictum possessorium*)[57]. Du reste sa propriété n'était que prétorienne[58], et les obligations et les dettes ne lui étaient pas transmises directement, mais seulement au moyen et en prenant la forme de l'action *Rutiliana* ou de l'action *Serviliana*[59]. Dans la rigueur du droit, le débiteur restait obligé, et, s'il revenait à meilleure fortune, pouvait être poursuivi pour ce qu'il restait devoir[60]. En outre l'*immissio* et l'*auctio* entraînaient après elles une tache d'infamie[61]. Cette infamie atteignait le débiteur même après sa mort, quand le concours s'ouvrait sur sa succession : mais le défunt pouvait éviter cette tache à sa mémoire en instituant héritier un esclave, sur lequel s'opéraient la poursuite et la vente[62]. Un autre effet de l'*immissio* était qu'en toute action ultérieure, le failli était obligé de donner caution pour l'exécution du *judicatum*[63].

Sous les empereurs la législation s'adoucit. Une loi *Julia*[64], de César[65] ou d'Auguste permit au débiteur de céder volon-

[56] THÉOPH., III, 12, pr. GAIUS, III, 80 (*inf.*, n. 58).

[57] GAIUS, IV, 145.

[58] GAIUS, III, 80. Neque autem bonorum possessio[ne res empto]rum pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur, [ex jure Quiritium] autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt.

[59] GAIUS, III, 81 ; IV, 35 (*sup.*, c. 2, n. 18) ; III, *ibid.* — THÉOPH., III, 12, pr.

[60] GAIUS, II, 155.

[61] *Lex tabulæ Heracl.*, *lin.* 115-117.— TERTULL., *Apolog.*, c. 4.

[62] GAIUS, II, 154, § 1, Inst., *quib. manum.*, I, 6 —l. 3, C. Th., *de inoff. test.*, II, 19.

[63] GAIUS, IV, 102... Satisdationum duplex causa est, nam aut propter genus actionis satisdatur, aut propter personam quia suspecta sit... velut si cum eo agitur, qui decoxerit, cujusve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt.

[64] GAIUS, III, 78 (*sup.*, n. 55.); l. 4, *qui bon. ced.*, VII, 71.

[65] Nous connaissons plusieurs dispositions de César faites dans ce même esprit de douceur pour le débiteur malheureux. CÉSAR, *de B.C.*, III, 1. SUET., *Jul. Cæs.*, 42. TACITE, *Ann.* VI, 16. DIO CASS., LVIII, 21.

tairement ses biens à ses créanciers. La vente en ce cas se faisait dans les formes suivies lors de l'envoi en possession [66]. Le débiteur n'était pas à tout jamais libéré par cette mesure [67]; mais il était du moins affranchi et de la contrainte corporelle [68] et de l'infamie [69]. Ce bénéfice, accordé seulement aux citoyens romains, fut plus tard étendu aux provinces par les constitutions impériales [70]. En outre quand le saisi était de rang sénatorial, un sénatus-consulte permit, comme forme régulière, la vente en détail par un *curator* nommé par le magistrat [71]. Néanmoins l'exécution réelle par *immissio* resta la règle; mais la vente traîna démesurément en longueur (du moins quand l'envoi s'accordait en l'absence du défendeur) depuis qu'aux termes d'une loi de Justinien, il fut permis aux autres créanciers de se joindre à la poursuite dans le délai de deux et de quatre ans [72]. La vente de l'universalité des biens du débiteur disparut avec les *judicia ordinaria* [73], et sous l'empire de la législation nouvelle, les créanciers vendirent pièce à pièce les biens du débiteur, l'excédant mis en réserve par le juge pour les créanciers qui viendraient à se présenter [74].

La procédure de la *sectio bonorum* se rapprochait beaucoup de celle que nous venons d'exposer. La *sectio bonorum,*

[66] GAIUS, III, 78-81. l. 3. l. 5, D., *de cess. bon.*, XLII, 3.

[67] L. 4, D., *de cess. bon.*, XLII, 3. Is qui bonis cessit, si quid postea acquisierit, in quantum facere potest convenitur. l. 6, l. 7, *ibid.* — l. 1, C., *qui bonis*, VII, 71. Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantum modo hoc beneficium eis prodest ne judicati detrahantur in carcerem.

[68] La foi faisait une exception pour les débiteurs du fisc (*sup.*, n. 42). l. 1, C. Th., *qui bonis*, IV, 20. l. 4, C. Th., *de fisci debit.*, X, 16.

[69] L. 11, C., *ex quib. caus. infam.*, 11-12.

[70] L. 4, C., *qui nobis*, VII, 71.

[71] L. 5, l. 9, *de curat. fur.*, D., XXVII, 10. l. 4, 5, D., *de curat.*, XLII, 7.

[72] L. 10, *pr.*, C., *de bon. aut. jud. poss.*, VII, 72.

[73] *Pr.*, Inst., *de success. sublat.*, III, 12. THÉOPHILE, III, 12, pr.

[74] L. 10, § 1, C. *de bon aut. jud.*, VII, 72, § 1, Inst., *de hered. qual.*, II, 49.

c'était la vente, faite au profit de l'État (*publicè*)[75], de l'universalité des biens d'une personne ; c'est par ce dernier trait que la *sectio* se distinguait de l'*auctio*, qui était aussi une vente publique, mais d'objets certains seulement. La *sectio bonorum* avait lieu par suite d'une condamnation publique, d'une proscription[76] ou lorsqu'une juste confiscation faisait regorger des richesses illicitement acquises dans l'exercice des magistratures[77]. Le préteur donnait la possession aux questeurs[78], et ceux-ci vendaient le tout au plus offrant enchérisseur[79]. Comme la vente se faisait *sub hasta* par l'État[80], l'acheteur (*sector*, *manceps*) acquérait immédiatement le domaine quiritaire[81]. Il avait comme l'*emptor bonorum* un interdit particulier pour obtenir la possession (l'*interdictum sectorium*[82]), et, comme l'*emptor* aussi, il prenait à sa charge les dettes qui affectaient les biens[83]. La vente d'une hérédité dévolue au fisc se faisait en vertu des mêmes principes[84]. Il

[75] GAIUS, III, 154.

[76] CIC., *pro. Rosc. Amerin.*, 43.

[77] LIVIUS, XXXVIII, 58, 60. CIC., *pro Rabir.* 4.

[78] LIVIUS, XXXVIII, 60, CIC., *in Verr.*, II, 1, 20. De là l'expression *bona publice possideri*, qui se trouve dans deux anciennes lois : *fragm. l. Acil. repet.*, l. 9. (HAUBOLD, *Monum.*, p. 75); *fragm. l. Servil.*, c. 17.

[79] (Ascon.) *in Verr.*, II, 1, 20, 23. *Sectorem* dicit æstimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proscripti, qui spem sectans lucri sui, id est, secutus spem æstimationis suæ, bona omnia auctione vendit, et semel infert pecuniam vel ærario vel sociis. — Anonym. *in Verr.*, II, 1, 20... Bona proscriptorum sectores mercabantur, et eorum pretia quæstores in ærarium referebant. — CIC., *pro Rosc. Amer.*, c. 8.

[80] CIC., *Phil.*, II, 26. FESTUS, *Hastæ* subjiciebantur ea quæ publice venundabant : quia signum præcipuum est hasta (*justi dominii*)

[81] VARRO, *de Re rust.*, II, 10. In emptionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt, si hereditatem justam adiit, si ut debuit mancipio ab eo accepit a quo jure civili potuit : aut si in jure cessit cui potuit cedere, et id ubi oportuit : aut si usucepit : aut si e præda sub corona emit, tumve cum in bonis sectionem cujus publice venit. — GAIUS, III, 80.

[82] GAIUS, IV, 146.

[83] (Ascon.), *in Verr.*, II, 23 (*sup.*, n. 79); l. 2, 3, D., *de Sent. pass.*, XLVIII, 23.

[84] L. 1, C., *de hered. vend.*, IV, 39.

est fort remarquable que cet acheteur acquérait les *actiones hereditariæ* [85]. Rappelons enfin l'ancien usage d'adjuger, sous le nom *de biens du roi Porsenna*, les objets qui venaient en vente publique [86].

CHAPITRE IX.

Des voies d'appel.

Sous la république, contre tout acte judiciaire du préteur, depuis la *formula concepta* [1] jusqu'à l'exécution [2], on pouvait invoquer l'intervention de l'autre préteur [3], des consuls [4] ou des tribuns [5]; cette intervention de droit commun pour tous les actes des magistrats, arrêtait court le jugement de l'affaire. Sous l'empire, la toute-puissance de l'empereur, et le caractère nouveau des magistrats, firent prendre à cette intervention une forme nouvelle qui s'accorda mieux avec les principes de la nouvelle constitution. L'appel fut introduit. A Rome, on appela des préteurs au préfet de la ville [6]; en Italie, des

[85] L. 54, pr., D., *de hered. petit.*, V, 3. Ei qui partes hereditarias, vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem per quam universa bona persequatur; quemadmodum ei, cui ex Trebelliano senatus-consulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.

[86] LIVIUS, II, 14.— ...Mos traditus ab antiquis, usque ad nostram ætatem inter cetera solemnia manet bonis vendendis, *bona Porsennæ regis vendendi*. — DENYS, V, 34.

[1] CIC., *pro Tullio*, c. 38.

[2] LIVIUS, VI, 27; XXXVIII, 60. GELLIUS, VII, 19. CIC., *pro Quint.*, 7, 20, 21.

[3] CÆSAR, *de Bello civ.*, III, 20. CIC., *in Verr.*, II, 1, 46.

[4] VAL. MAX., VII, 7, § 6.

[5] GELL., XIII, 12. Tribuni, antiquitus creati videntur non juri dicundo, nec causis querelisque de absentibus noscendis, sed intercessionibus faciendis quibus præsentes fuissent, ut injuria quæ coram fieret arceretur.

[6] VOPISC., *Florian.* 5, 6. l. 38, D., *de Min.*, IV, 4.

magistrats municipaux, aux correcteurs [7]; dans les provinces, aux légats et aux gouverneurs [8]; dans une foule de cas, au sénat [9]; et enfin, à l'empereur [10]. Du judex donné on appelait à celui qui l'avait établi [11]. Depuis Constantin, la nouvelle constitution modifia sensiblement toutes ces juridictions [12].

Pour que l'appel fût régulièrement porté, il fallait l'interjeter soit immédiatement et de vive voix, *apud acta* [13], soit dans un délai donné [14] et au moyen d'un *libellus* [15]. Le juge remettait à l'appelant, pour qu'il pût suivre sur la nouvelle instance, un acte constatant qu'il avait interjeté appel; cet acte se nommait *literæ dimissoriæ*, ou, par un nom grec, *apostoli* [16]. A ces *literæ* on joignait une copie des

[7] L. 1, l. 4, § 3, 4, D., *de Damn. inf.*, XXXIX, 2. — *Fragm. Vat.*, § 232.

[8] L. 2, D., *quis a quo appell.*, XLIX, 2. Appellari a legatis proconsul potest, et si mulctam dixerit, potest de iniquitate ejus proconsul cognoscere, et quod optimum putaverit statuere.

[9] Suet., *Nero*, 17. Tacite, *Ann.*, XIV, 28. Capitol., *M. Anton.*, 10. Vopisc., *Prob.*, 13.

[10] Dio Cass., LI, 19; LII, 33; LIX, 8. —l. 40, *de Reb. cred.*, D., XII, 1.

[11] L. 1, D., *quis a quo appell.*, XLIX, 3. *Ibid.*, l. 3. Dato judice a magistratibus populi romani cujuscumque ordinis, etiam si ex auctoritate principis licet nominatim judicem declarantis, dederint, ipsi tamen magistratus appellabuntur.—l. 1, § 3, l. 21, § 1, D., *de Appell.*, XLIX, 1.

[12] Walter, *Histoire de la Constitution Romaine*, ch. XLII, et *inf.*, n. 22.

[13] L. 2, D., *de Appell.*, XLIX, 1. Sed si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat : *Appello.* — l. 14, C., *de Appell.*, VII, 62.

[14] L. 5, § 4, D., *de Appell.*, XLIX, 1. Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit; sin autem hoc non fecerit ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est. — l. 1, § 5-15, D., *quando app.*, XLIX, 4. *Nov.* 23, *pr.* c. 1.

[15] L. 1, § 4, D., *de App.*, XLIX, 1. Libelli qui dantur appellatorii, ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum, et a quo dati sint, hoc est qui appellet, et adversus quem et a qua sententia. —*Ibid.*, l. 3.

[16] L. *un.*, D., *de libell. dimiss.*, XLIX, 6. Post appellationem interpositam literæ dandæ sunt ab eo, a quo appellatum est, ad eum qui de appellatione cogniturus est, sive principem sive quem alium; quas literas *dimis-*

des actes de la procédure (*acta*)[17]. L'appelant devait remettre ces pièces au tribunal supérieur dans un délai légal[18]. Quand ce fut à l'empereur que se porta l'appel, il fut en usage depuis le IVe siècle, que le juge dressât une *relatio* ou *consultatio* détaillée de l'affaire; cette *consultatio* était communiquée aux parties, qui y mettaient leurs dires, et des messagers transmettaient le tout de l'*officium* à la chancellerie impériale. Symmaque nous a conservé dans ses lettres plusieurs de ces *relationes*, et quelques-unes des plus intéressantes pour l'histoire du droit[19]. De la chancellerie, l'affaire était portée au *consistorium* pour y être examinée et décidée[20]. Tel était l'usage pour les appels des proconsuls, du comte d'Orient, du préfet d'Égypte, des vicaires des diocèses, appels qui, sauf quelques exceptions[21], se portaient directement à l'empereur[22]. Plus tard, Théodose II or-

sortas, sive *apostolos* vocant. § 1. Sensus autem literarum talis est: *Appellasse*, puta, *Lucium Titium a sententia illius, quæ inter illos dicta est.*—PAUL., *Sent.*, V, 34. — l. 6, § 6, C., *de Appell.*, VII, 62.

[17] L. 24, C., *de Appell.*, VII, 62. Judicibus non solum appellationis suscipiendæ necessitas videtur imposita, verum etiam triginta dierum spatia ex die sententiæ definita sunt, intra quæ gesta una cum relatione litigatoribus convenit præstari, judice et officio ejus, si statuta fuerint aliqua parte mutilata, mulctæ subjacentibus (364). — *Nov.* 126, c. 3.

[18] L. 5, C., 9, *de Appell.*, VII, 62.—l. 63, C. Th., *de Appell.*, XI, 30.— l. 3, C. Th., *de reparat. Appell.*, XI, 31.—l. 2, 5, C., 9. *de temp. et rep. appell.*, VII, 63.

[19] L. 5, C. Th., *de Relat.*, XI, 29.— l. 8, C. Th., *de Appell.*, XI, 30.— *Ibid.* l. 16. (*inf.*, n. 22), 29, 32, 34, 47. — SYMM., *Ep.*, X, 48... Hæc est omnis summa luctaminis. Gesta et supplementa partis utriusque subjeci, quibus instructa perennitas vestra, exemplo unius causæ, securitati omnium dignabitur commodare.— *Ibid.*, 52, 53.

[20] L. 2, C., *de Leg.*, 1, 14. Voyez *sup.*, ch. 7, n. 67.

[21] L. 57, 61. C. Th., *de Appell.*, XI, 30.—l. 2, 3, C. Th., *de Off. præf. urb.*, I, 6.

[22] L. 16, C. Th., *de App.*, XI, 30. A proconsulibus et comitibus, et his, qui vice præfectorum cognoscunt, sive ex appellatione, sive ex delegato, sive ex ordine judicaverint, provocari permittimus, ita ut appellanti judex præbeat opinionis exemplum, et acta cum refutatoriis partium suisque literis ad nos dirigat. A præfectis autem prætorio, qui soli vice sacra

donna de juger ces appels dans la forme ordinaire, et institua dans ce but une commission permanente, composée du préfet du prétoire et du questeur. « *Ne*, dit l'empereur, *ne nostris occupationibus quibus pro utilitate mundi a singulorum nonnunquam negotiis avocamur, aliena defraudari commoda videantur* [23]. La forme de la *consultatio* n'eût donc plus lieu que lorsqu'on appelait des jugemens rendus par les plus hauts fonctionnaires de l'empire [24].

Du reste, les appels n'étaient reçus que des jugemens définitifs, et ce n'est que par exception qu'on admettait l'appel de certains interlocutoires [25]. Encore Justinien le défendit-il absolument *ne lites in infinitum extendantur* [26]. Combien de fois pouvait-on appeler dans une même affaire, cela dépendait du degré hiérarchique occupé par le magistrat qui avait rendu la sentence ; dans le dernier état de droit on pouvait appeler deux fois au plus [27]. Il va de soi qu'on ne pouvait

cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus, ne jam nostra contingi veneratio videatur... *Ibid.*, l. 29. — l. 32, C., *de App.*, VII, 62.

[23] L. 32, *pr.*, § 2, 3, 4, C., *de App.*, VII, 62. — *Nov.* 126. — LYDUS, *de Magist.*, II, 15, 16.

[24] L. 32, § 5, l. 37, 39, § 1, 2, C., *de App.*, VII, 62. — l. 5, § 2, C., *de temp. app.*, VII, 63. — *Nov.* 23, c. 2, *Nov.* 62.

[25] L. 2, 25, 37, 40, 44, 65, C. Th., *de App.*, XI, 30.—l. 1, 2, 3, 11, 18, 23, C. Th., *quor. appell.*, XI, 36. SYMM., *Ep.*, X, 36, 58.

[26] L. 36, C., *de App.*, VII, 62. La constitution est grecque; je suis la traduction de Lecomte. Oportet post omnem litem finitam tunc appellationem reddi : neque enim læditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quæ illi deneget jus competens, id est, vel testium productionem aut relectionem instrumenti, potest enim in appellatione omnia denudare, seu exercere, ne contra medii temporis interlocutionem data appellatione, mora injiciatur dilationibus, sæpius in eadem causa data appellatione, et examinata, iterum alio capitulo ventilato, et iterum contra ipsum porrecta appellatione... — l. 16, C., *de Judic.*, III (*sup.*, ch. 7, n. 25). — Malgré cette prohibition générale, une exception est restée ; l. 2, D., *de App. recip.*, XLIX, 5.

[27] L. *un.*, C., *ne liceat in ead. caus.*, VII, 70.

appeler de l'empereur, qui n'avait point de supérieur[28]; on ne pouvait non plus appeler du préfet du prétoire[29]. Pour les seuls appels portés devant l'empereur on exigeait que le litige fût de certaine valeur[30]; encore cette condition fut-elle abolie[31]. Les appels inadmissibles étaient punis d'une amende[32]. Ceux qui se trouvaient mal fondés entraînaient la perte d'une certaine somme consignée par avance et le paiement au quadruple des frais du procès[33]; plus tard, on introduisit des pénalités nouvelles, marquées de ce cachet de rapacité et de mépris pour les hommes qui reparaît dans toutes les institutions du Bas-Empire[34].

[28] L. 1, § 1, D., *a quib. app.*, XLIX, 2. Et quidem stultum est illud admonere, a principe appellare fas non esse, quum ipse sit qui provocatur. — l. 34, C., *de Appell.*, VII, 62.

[29] L. *un.*, § 1, D., *de Off. præf. præt.*, I, 11. His cunabulis præfectorum auctoritas initiata in tantum meruit augeri, ut appellari a præfectis prætorio non possit. Nam quum ante quæsitum fuisset, an liceret a præfectis prætorio appellare, et jure liceret, et extarent exempla eorum qui provocaverint, postea publice sententia principali lecta, appellandi facultas interdicta est; credidit enim princeps, eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide et gravitate ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus. — l. 17, D., *de Minor.*, IV, 4. — l. 16, C. Th., *de Appell.*, XI, 30 (*sup.*, n. 22).

[30] L. 10, § 1, *de Appell.*, XLIX, 1.— *Nov.* Valent., III, tit. XII, § 17, ed. Ritter.

[31] L. 20. l. 37, C., *de App.*, VII, 62. La nov. 23, c. 3, introduisit une exception à ce sujet.

[32] *Sup.*, n. 25.

[33] Tacite, *Ann.*, XIV, 28.—Paul, *Sent.*, V, 33, 37. Omnimodo ponendum est, ut quoties injusta appellatio pronunciatur, sumptus quos dum sequeretur adversarius impendit, reddere cogatur non simplos, sed quadruplos.

[34] L. 3, C., Th. *de Off. præf. præt.* I, 5. Super his, qui a præside vel a quolibet alio judice sententiam dictam informari deposcunt, sub eo fine sublimitatis tuæ succedat examen, ut, si internis negotii usque quaque decursis ex evidenti claruerit sententiam a jure justitiaque discedere, ea penitus explosa, controversia de æquitate terminum capiat. Quod si consentanea sit legibus jam prompta sententia, ejus pronuntiationis improbus oppugnator, si patrimonio circumfluit, biennio in insulam relegatione plectatur, ejusque bonorum media portio fiscalibus compendiis

Au IVe siècle s'introduisit l'usage des *supplicationes* ou *retractationes* contre les sentences du préfet du prétoire, dont on ne pouvait appeler. Ce fut en réalité une voie indirecte d'appel [35].

Indépendamment de l'appel il y avait d'autres causes qui pouvaient paralyser une sentence rendue. Ainsi, un jugement qui violait évidemment les règles et les formes établies, et qui manquait de certaines conditions essentielles à sa validité, pouvait sans appel être considéré comme nul et rescindé [36]. Peut-être est-ce cette rescision qui dans l'ancienne législation s'exerçait par une *sponsio* au double, *revocatio in duplum* [37]. Enfin, et dans certains cas définis, on pouvait demander extraordinairement une restitution contre des jugemens comme on l'eût fait contre tout autre préjudice légal [38], et cette restitution pouvait atteindre les sentences du préfet du prétoire et de l'empereur, car en ce cas, c'était le préfet ou l'empereur qui restituaient eux-mêmes contre le jugement qu'ils avaient rendu [39].

addicta cedat; quod si agrestis vitæ sit, aut etiam egentis ad biennii tempus in metallum detrudendus est. Quam legem in annotationibus quoque nostris de iterando post sententiam judicio custodire debebis. — l. 6, § 4, C., *de Appell.*, VII, 62.

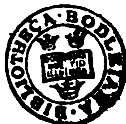
[35] L. 5, C., *de Precib. imp. off.*, I, 19.—*Nov. Theod.*, tit. VI, *ed. Ritter.* L. un., C., *de Sent. præf. præt.*, VII, 42,—l. 35, C., *de Appell.*, VII, 62. — *Nov.* 119, c. 3.

[36] L. 1, 2, 3, D., *quæ Sent. sine app.*, XLIX, 8.—l. 1, 2, 4, 7, C., *quando provocare non est necesse*, VII, 64.

[37] Paul, *Sent.*, V, 5a, § 5, 7, 8. l. 1, C. *Greg.*, X, 1.

[38] L. 16, § 5, D., *de Minor.*, IV, 4. Et tam præfectus urbis quam alii magistratus pro jurisdictione sua restituere in integrum possunt, tam in aliis causis quam contra sententiam suam.—*Ibid.*, l. 18, *pr.* l. 42. — l. 2, 4, 5, C., *si adv. rem judic. rest.*, II, 27.

[39] L. un., § 2, D., *de Off. præf. præt.*, I, 11; l. 17, *de Minor.*, D., IV, 4. Præfecti etiam prætorio ex sua sententia in integrum possunt restituere, quamvis appellari ab his non possit. Hæc idcirco tam varie, quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ querelam, in integrum vero restitutio erroris proprii veniæ petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet. *Ibid.*, l. 18, § 1, 4.



CHAPITRE X.

Procédures particulières. — *Interdicta. — Controversiæ agrariæ. — Restitutio in integrum.*

La procédure des *legis actiones*, puis, à l'époque formulaire, la *condemnatio* qui n'avait pour objet qu'une somme d'argent, étaient des moyens tout à fait insuffisans dès qu'il s'agissait soit de l'exhibition ou de la restitution la plus prompte possible d'une chose, soit de la cessation immédiate d'un acte préjudiciable. L'édit énuméra donc une suite de cas particuliers [1] dans lesquels le préteur ordonnait ou défendait de faire certaines choses. Si l'on n'obéissait pas, le préteur à Rome, et dans les provinces le proconsul, après une audition sommaire des parties [2], décrétait directement l'exhibition ou la restitution de la chose, ou bien encore il interdisait l'acte préjudiciable. Ces défenses se nommaient ***interdicta***, et, d'une division prise de leur objet, on les nommait restitutoires, exhibitoires et prohibitoires [3].

[1] PAUL, *Sent.*, V, 6. l. 1, C., *de Interd.*, VIII, 1.

[2] THÉOPHILE, IV, 15, *pr.*

[3] GAIUS, IV, 139. Certis igitur ex causis prætor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit, quod tum maxime facit cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. Et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet : formulæ autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, *interdicta*, *decretave* vocantur. 140. [Vocantur] autem *decreta*, cum fieri aliquid jubet, velut cum præcipit ut aliquid exhibeatur, aut restituatur; *interdicta* vero, cum prohibet fieri, velut cum præcipit ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat : unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur. — l. 1, § 1, *de Interd.*, D., XLIII, 1. Les interdits étaient des actions en prenant ce mot dans le sens le plus étendu. L. 37, *pr.* D., *de Obl. et Act*, XLIV, 7; mais souvent

Quand il ne s'agissait que de restitution ou d'exhibition, le défendeur pouvait demander immédiatement la nomination d'un arbitre, et le préteur accordait une formule rédigée en ce sens. Si le défendeur était condamné, il échappait à la *pœna sponsionis* en s'exécutant dans les délais voulus [4]; le jugement était *sine periculo*. Si au contraire il ne s'exécutait pas, on déférait au demandeur le serment estimatoire dont nous avons exposé plus haut les graves conséquences [5]. Si le défendeur ne demandait pas d'arbitre, ou si, quand il s'agissait d'une prohibition, il n'obéissait pas à l'interdit, le demandeur se présentait de nouveau devant la justice, et au moyen d'une *sponsio* provoquait son adversaire par cette espèce de gageure, offrant de prouver que ce dernier avait fait ce que l'édit défendait, ou n'avait pas fait ce que l'édit lui ordonnait de faire. La décision était remise à un *judex* ou à des *recuperatores*, par la voie ordinaire de la formule, et dans la somme de la *sponsio* était comprise en même temps une peine pour le mal fondé de l'assertion ou du déni [6]. Quand l'inter-

aussi on oppose les interdits aux actions proprement dites. l. 35, § 2, l. 39, D., *de Proc.*, III, 3.

[4] Gaius, IV, 141. Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium; sed ad judicem recuperatoresve itur, et tum ibi editis formulis quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit; et modo cum pœna agitur, modo sine pœna: cum pœna, velut cum per sponsionem agitur; sine pœna, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur. *Ibid.*, 162, 164. Ulpiani, *Fragm. Vind.* (publié dans les *Flores juris antejust.*, p. 232).

[5] *Sup.*, ch. 5, n. 18.

[6] Gaius, IV, 141 (*sup.*, n. 4), 162. Igitur [cum] restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, velut ut restituatur possessio ei qui dejectus est, aut exhibeatur libertus cui patronus operas indicere volet, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. — 165. Si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur: nam actor provocat adversarium spon-

dit était double [7], il y avait lieu à une double *sponsio* [8]. Si le défendeur ne se présentait pas, alors, comme dans la procédure ordinaire, on prononçait l'envoi en possession de ses biens [9].

Les interdits proposés dans l'édit embrassaient les intérêts les plus divers. Il y en avait pour protéger les choses saintes, religieuses, ou consacrées à l'usage public, d'autres concernaient les questions relatives aux personnes, ou celles relatives aux biens; il y en avait qui s'occupaient

sione : si contra edictum prætoris non exhibuerit aut non restituerit : ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur : deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario ; ille huic invicem restipulationis, sed actor sponsioni [vel ejus formulæ subjicit et] aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur.... — CIC., *pro Cæcina*, 8... His rebus ita gestis, P. Dolabella prætor interdixit, ut est consuetudo, *de vi hominibus armatis*, sine ulla exceptione, tantum ut unde dejecisset, restitueret. Restituisse se dixit, sponsio facta est. Hac de sponsione vobis judicandum est. — *Ad Famil.*, VII, 21; *pro Tullio*, 53.

[7] GAIUS, IV, 156. Tertia divisio interdictorum in hoc [est, quod aut] simplicia sunt aut duplicia. 157. Simplicia sunt, velut in quibus alter actor, alter reus est : qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria : nam actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est a quo desideratur ut exhibeat aut restituat. 158. Prohibitoriorum autem interdictorum, interdum alia duplicia, alia simplicia sunt. 159. Simplicia sunt, quibus prohibet prætor in loco sacro, aut in flumine publico, ripave ejus aliquid facere reum; nam actor est, qui desiderat ne quid fiat, reus is qui aliquid facere conatur. 160. Duplicia sunt velut : UTI POSSIDETIS interdictum et UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet : quippe prætor pari sermone cum utroque loquitur : nam summa conceptio eorum interdictorum, hæc est : *Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto.* Item alterius : *Utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem majore parte hujus anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* — l. 2, *pr.* D., *de Interd.*, XLIII, 1.

[8] GAIUS, IV, 166-167. *Sponsio et restipulatio* (*inf.*, n. 15).

[9] L. 3, § 14, D., *de homine lib. exhib...* XLIII, 29. Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit; sed si non defendatur, in bona ejus eundum ait.

de la propriété, et d'autres qui ne regardaient que la possession [10]. Dans ce dernier cas ils pouvaient avoir pour but, ou de procurer une possession qu'on n'avait pas encore obtenue, ou de maintenir dans une possession troublée, ou de rétablir dans une possession perdue, *vel adipiscendæ possessionis causa comparata sunt interdicta, vel retinendæ possessionis causa, vel recuperandæ* [11]. Les interdits *adipiscendæ possessionis causa* se donnaient en certains cas favorables, mais qui du reste n'avaient rien de commun [12]. Les interdits *retinendæ possessionis causa* reposaient sur ce principe qu'une possession tranquille, publique, et à titre de propriétaire *nec vi, nec clam, nec precario* a droit sinon à cette protection absolue qui couvre la propriété envers et contre tous, du moins à cette protection de bonne police qui écarte et punit la violence. Dans ce but de garantie, le préteur accordait deux interdits, doubles tous deux [13]. Le premier, l'*interdictum* UTI POSSIDETIS, concernait les fonds de

[10] L. 1, *pr.* D., *de Interd.*, XLIII, 1. Videamus de quibus rebus interdicta competunt. Et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere; divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis; de rebus hominum interdicta redduntur, aut de his, quæ sunt alicujus, aut de his quæ nullius sunt. Quæ sunt nullius, hæc sunt : liberæ personæ de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt; quæ sunt alicujus, hæc sunt aut publica aut singulorum; publica de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis; quæ autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum *quorum bonorum*, aut ad singulas res ut est interdictum : *Uti possidetis, de itinere actuque.*—*Ibid.*, l. 2, § 1-2. Cic., *pro Cæcina*, 13.

[11] Gaius, IV, 143. — l. 2, § 3, D., *de Interd.*, XLIII, 1. Adipiscendæ possessionis sunt interdicta, quæ competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem : sunt autem interdicta adipiscendæ possessionis *quorum bonorum*, Salvianum quoque interdictum quod est de pignoribus, ex hoc genere est, et *quo itinere venditor usus est, quominus emptor utatur vim fieri veto.* Recuperandæ possessionis causa proponuntur sub rubrica *unde vi;* aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinendæ possessionis sunt interdicta *uti possidetis*. Sunt interdicta, ut diximus, duplicia, tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis.

[12] Gaius, IV, 144-147. — l. 2, § 3, D., *de Int.* (*sup.*, n. 10).

[13] Gaius, IV, 160 (*sup.*, n. 7).

terre[14]; il donnait lieu, indépendamment de la double *sponsio*, à une procédure spéciale, nommée *judicium cascellianum* ou *secutorium*. Par ce *judicium*, la possession pendant le litige était adjugée à celle des deux parties qui offrait le plus haut prix des fruits à échoir jusqu'au jour du jugement définitif. De là l'usage de stipuler que, si l'adjudicataire des fruits venait à perdre le procès, non-seulement il aurait à payer la double *sponsio* et à restituer les fruits réellement perçus, mais qu'en outre il perdrait son prix d'adjudication comme peine de sa possession téméraire. Du reste, on pouvait, laissant de côté la *stipulatio fructuaria*, agir par action spéciale afin d'obtenir le prix d'adjudication des fruits. Cette action se nommait *fructuarium* et même *secutorium judicium*[15]. L'autre interdit, *interdictum*

[14] L. 1, *pr.*, D., *uti possid.*, XLIII, 17. Ait prætor : *Uti eas ædes, quibus de agitur nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo; neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* § 1. Hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potiorem prætor in soli possessione habebat; et est prohibitorium ad retinendam possessionem. GAIUS IV, 148-150, 160 (*sup.*, n. 7). FESTUS. Possessio est, ut definit Gallus Ælius, usus quidem agri aut ædificii, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est [*e*] rebus quæ tangi possunt; [nec] qui dicit se possidere, is vere potest [*rem suam*] dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his qui poss[*idet rem*] suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut prætor his verbis utatur : *Uti nunc possidetis eum fundum* Q. D. A., *quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possideatis*, [*quominus*] *ita possideatis; adversus ea vim fieri veto.*

[15] GAIUS, IV, 166... [Deinde perficitur omnis] res ab eo fructus licitando, id est tantisper in possessione constituitur, si modo adversario suo fructuaria stipulatione [caveat, cui vis et] potestas hæc inest, utsi [contra ipsum] esset postea pronunciatum [possessio restitu]atur; [itaque inter] adversarios qui... certant, contentio fructus licitationis est : scilicet quia amborum [interest possessorem] esse.,. tantisper rei possessionem et rei fructus vendit; et quandoquidem hoc agatur, postea alter alterum sponsione provocat.: *Quæ adversus edictum prætoris interdicentis nobis facta essent, invicem ni ambobus restituantur* : adversus sponsionem vel stipulationem autem, cum una inter eos sit sponsio : *ni mea possessio sit*, stipulatio *ni*... fit... Judex, apud quem de ea re agitur, illud sci-

UTRUBI, concernait les meubles et s'accordait à la personne qui, durant la dernière année, avait été le plus longtemps en possession [16]. Dans le droit Justinien on suivit la règle adop-

licet requirit quod prætor interdicto complexus est, uter eorum eum fundum easve ædes, per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi, nec clam, nec precario possideret : cum judex id exploraverit, et forte secundum me judicatum fuit, adversarium quidem et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci condemnat; et convenienter me sponsionis et restipulationis, quæ mecum factæ sunt, absolvit : et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem Cascelliano sive secutorio judicio condemnatur. 167. — Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam pœnæ nomine solvere, et præterea possessionem restituere jubetur; et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit. Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum; sed pœnæ nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nanscisci conatus est. 168. — Ille autem qui fructus licitatione victus est, si non probaverit ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam pœnæ nomine debet. 169. Admonendi tamen sumus, liberum esse ei qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano sive secutorio judicio de [possessione] reciperanda [ibi experitur], ita [separatim et] de fructus licitatione agere in quam rem proprium judicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actoris satis accipiatur. Dicitur autem et hoc judicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam, sed non æque Cascellianum vocatur.

[16] L. *un. pr.*, D., *de utrubi*, XLIII, 31. Prætor ait : *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* § 1. Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet, sed obtinuit vim ejus exæquatam fuisse *uti possidetis* interdicto quod de rerum soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi, nec clam, nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet. — GAIUS, IV, 148-152, 160 (*sup.*, n. 7). — PAUL, *Sent.*, V, 6, § 1, Retinendæ possessionis gratia comparata sunt interdicta, per quæ eam possessionem quam jam habemus, retinere volumus, quale est UTI POSSIDETIS de rebus soli, et UTRUBI de re mobili, et in priore quidem is potior est, qui redditi interdicti tempore nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidet. In altero vero potior est qui majore parte anni retrorsum numerati nec vi, nec clam, nec precario possedit. — THÉOPHILE, IV, 15, § 4.

tée pour les immeubles, et la possession fut adjugée au dernier détenteur sans égard à la durée de la possession [17]. Dans la procédure formulaire ces deux interdits servaient en outre à introduire une *vindicatio* quand la contestation portait à la fois sur la possession et la propriété [18].

Les interdits *recuperandæ possessionis causa* reposaient en partie sur les mêmes principes que les précédens. L'application la plus importante de ces interdits était pour les cas de dépossession faite de vive force. Pour recouvrer la possession, violemment enlevée, l'ancien droit accordait deux interdits distincts [19], l'un quand il y avait simple violence (*vis*) [20], l'autre quand il y avait voie de fait et invasion à main armée (*vis armata*) [21]. Tous deux n'avaient lieu que pour les im-

[17] § 4. Inst., *de Interd.*, IV, 15. La l. *un.*, § 1, D., *de utrubi* (*sup.*, n.16) est interpolée.

[18] Gaius, IV, 148. Retinendæ possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quæritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, cujus rei gratia comparata sunt *uti possidetis* et *utrubi*. — l. 1, § 3, D., *uti possid.*, XLIII, 17. — l. *un.*, C., *uti possid.*, VIII, 6. — Théophile, IV, 15, § 4.

[19] Cic., *pro Cæcina*, 32. Dupliciter homines dejiciuntur : aut sine coactis armatisve hominibus, aut per ejusmodi rationem et vim. Ad duas dissimiles res duo dijuncta interdicta sunt. In illa vi quotidiana non satis est, posse se docere dejectum, nisi ostendere possit, cum possideret, tum dejectum. Ne id quidem satis est, nisi docet, ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec precario possederit. Itaque is, qui se restituisse dixit, magna voce sæpe confiteri solet, se vi dejecisse : verum illud addit : *non possidebat*, vel etiam cum hoc ipsum concessit, vincit tamen sponsione, si planum facit, ab se illum aut vi, aut clam, aut precario possedisse.

[20] Cic., *pro Tullio*, c. 44. *Pro Cæcina*, 16. Cum de jure et legitimis hominum controversiis loquimur, et in his rebus vim nominamus, pertenuis vis intelligi debet.

[21] Cic., *pro Cæcina*, 19-21. *Pro Tullio*, 3. Judicium vestrum est, recuperatores, *quantæ pecuniæ paret*, *dolo malo familiæ P. Fabri*, *vi hominibus armatis coactisque*, *damnum factum esse M. Tullio*. Ejus rei taxationem nos fecimus, æstimatio vestra est : judicium datum est in quadruplum.— l. 1, *de Vi*, D., XLIII, 16. Paul, *Sent.*, V, 6, 54. Vi deji-

meubles; car pour les meubles, on avait pour se défendre d'autres actions [22], notamment l'interdit *utrubi*, et plus tard les ordonnances impériales qui punissaient par la perte de sa chose l'audacieux qui se faisait justice par ses mains [23]. Du reste, entre ces deux interdits, il y avait dans l'ancien droit plusieurs différences qui sont disparues dans le nouveau [24]. L'interdit *de vi* ne se donnait pas contre les personnes à qui l'on devait quelque respect, tandis que l'interdit *de vi armata* s'accordait même contre ces personnes à cause de la gravité de l'outrage [25]. Le premier ne se donnait que dans l'année de la violence [26], l'autre même après ce délai expiré [27]. Pour le premier, l'édit exigeait expressément que le demandeur eût eu la possession, tandis que cette exigence n'avait pas lieu pour le second, la simple détention suffisait [28]. Enfin dans l'ancien droit (ce qui fut corrigé plus tard) [29] on admettait contre l'interdit *de vi* l'exception que le demandeur lui-même avait possédé *vi, clam*, ou *precario* [30], exception qui n'était point reçue

citur, non tantum qui opressu multitudinis, aut fustium aut telorum, aut armorum metu terretur; sed et is qui, violentiæ opinione comperta, possessione cessit, si tamen adversarius eam ingressus sit.

[22] L. 1, D., *de Vi*, XLIII, 16, § 6. Illud utique in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere; nam ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competit; potest et ad exhibendum agi.—PAUL, *Sent.*, V, 6, § 5.

[23] L. 3, C. Th., *unde vi*, IV, 22.—l. 7, C., *unde vi*, VIII, 4, § 1. *Inst.*, *de vi bon rapt.* IV, 2, § 6. *Inst. de interd.*, IV, 15.

[24] De là la confusion de ces deux interdits dans le titre du Digeste *de vi et vi armata*, XLIII, 16.

[25] L. 1, § 43, D., *de Vi*, XLIII, 16.

[26] L, 1, *pr.*, Prætor ait : *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo, quæque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi dejecerit pervenerit, judicium dabo.*

[27] CIC., *ad Famil.*, XV, 16. In hoc interdicto non solet addi *in hoc anno.*

[28] CIC., *pro Cæcina*, 31-32 (*sup.*, n. 19).

[29] § 6, *Inst.*, *de Inter.*, IV, 15.—l. 1, *pr.*, D., *de Vi*, XLIII, 16 (*sup.*, n. 26).

[30] CIC., *pro Tullio*, 44-45; *pro Cæcina*, 32 (*sup.*, n. 19), *ad Famil.*, VII,

contre l'interdit de *vi armata* [31]. Dans les derniers temps, l'interdit *de vi* et *vi armata* prit le nom de *momentaneæ possessionis interdictum*, *momenti reformatio* [32].

Il y avait, en outre, d'autres interdits qu'on nommait doubles, *duplicia*, en ce sens qu'ils servaient aussi bien à obtenir une possession qu'on n'avait jamais eue qu'à récupérer une possession perdue [33]. Tel était l'interdit (*interdictum* QUEM FUNDUM) qui, dans les vindications d'immeuble, se donnait contre celui qui ne défendait pas à l'action [34], notamment en ne fournissant pas la *satisdatio* exigée [35]. Pareils interdits se donnaient dans la vindication d'une hérédité (*interdictum* QUAM HEREDITA-

13. — GAIUS, IV, 154. Recuperandæ possessionis causa solet interdictum dari, si quis vi dejectus sit : nam ei proponitur interdictum, cujus principium est : *Unde tu illum vi dejecisti*, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is qui dejectus est, nec vi, nec clam, nec precario possidebat adversus alterum. Quod si aut vi, aut clam, aut precario possederit, impune dejicitur.— PAUL, *Sent.*, V, 6, § 7.

[31] GAIUS, IV, 155. Interdum tamen [.....] vi aut clam aut precario possideret, cogeret restituere possessionem : velut si armis eum vi dejecerim, nam prætor...

[32] SYM., *Ep.*, X, 48-53. — l. 3, C., *qui legit person.*, III, 6.—l. 8, C., *unde vi*, VIII.—l. 1-4, C.Th., *unde vi*, IV, 22.—l. *un.*, C., Th., *si de momento*, XI, 37.

[33] *Duplicia* est pris ici dans un sens fort différent de celui que nous lui avons vu donner (*sup.*, n. 7).—l. 2, § 3, D., *de interd.*, XLIII, 1 (*sup.*, n. 11).—Ulp., *Fragm.Vindob.*, § 6. [Sunt etiam interdicta duplicia tam] adipiscendæ quam reciperandæ possessionis : qualia sunt interdicta *quem fundum* et *quam hereditatem*. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem.

[34] ULP., *Fragm. Vindob.* (*sup.*, n. 33). Rudorff a fait une excellente dissertation à ce sujet dans le journal de Savigny, IX, 2.

[35] *Fragm. Vat.*, § 92. Sicut corpora vindicanti, ita et jus satisdari oportet; et ideo necessario exemplo interdicti *quem fundum* proponi etiam interdictum *quem usum fructum vindicare velit* de restituendo usufructu.—*Sup.*, ch. 3, 16-17. Ainsi s'expliquent : l. *un.*, C., *uti possid.*, VIII, 6 ; l. 80, D., *de rei vind.*, VI, 1.

TEM)[36] ou d'un usufruit (*interdictum* QUEM USUM FRUCTUM[37].

Sous les empereurs, la forme des interdits servit longtemps à engager l'instance, encore bien que dans la nouvelle procédure la décision fût remise, non plus au *judex,* mais au magistrat[38]. Pour abréger, on affranchit alors les interdits de la forme de la *litis denunciatio*[39]. Mais le magistrat eut le droit de remplacer la procédure des interdits par une instruction complète *extra ordinem*[40], et la sentence fut en ce cas exécutée par voie de contrainte directe[41]. Cette forme nouvelle finit par devenir la règle commune, et ce fut à cette *extraordinaria cognitio* qu'on appliqua les principes qui autrefois régissaient les interdits[42].

Il y avait encore certaines procédures qui tenaient aux interdits. Avait-on exercé sur le fonds d'autrui, soit violemment, soit clandestinement, quelque acte préjudiciable, la personne lésée avait un interdit spécial à fin de restitution (*interdictum* QUOD VI AUT CLAM)[43]. S'agissait-il d'un œu-

[36] ULP., *Frag. Vind.* (*sup.*, n. 39). PAUL, *Sent.*, I, 11, § 1. Quoties hereditas petitur, satisdatio jure desideratur : et si satisdatio non detur, in petitorem hereditas transfertur. Si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanet : in pari enim causa potior est possessor.

[37] *Fram. Vat.*, § 92 (*sup.*, n. 35).

[38] SYMM., *Ep.*, X, 48, 5, 3. l. 9, C. Th., *de infirm. his*, XV, 14.

[39] L. 5, C. Th., *de Denunt.*, II, 4, l. 6, *ibid.*, (*sup.*, c. 7, n. 34). Voyez *sup.*, c. 7, n. 31-35.

[40] L. 3, C., *de Interd.*, VIII, 1. Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.

[41] L. 1, § 1, D., *de insp. vent.*, XXV, 4. — l. 1, § 2, D., *si vent. nom.*, XXV, 5. Necessariò prætor adjecit, ut, qui per dolum venit in possessionem cogatur decedere. Coget autem eum decedere non prætoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit.—l. 3, *pr.*, § 1, D., *ne vis fiat*, XLIII, 4 (*sup.*, c. 8, n. 9).

[42] § 6, Inst., *de Interd.*, IV, 15. l. 3, C., *de Interd.*, VIII, 1. l. 2, 4, C., *unde vi*, VIII, 4. C'est dans ce sens qu'a été interpolée la l. 4, C., *de Interd.*, VIII, 1, tirée de la l. 6, C. Th., *de Denunt.*, II, 4.

[43] CIC., *pro Tullio*, 53. l. 1, *pr.*, D., *quod vi*, XLIII, 24. Prætor ait :

vre en construction [44], celui qui se croyait lésé par ce nouvel œuvre (et chaque citoyen avait ce droit quand il s'agissait de biens communs) [45] pouvait, au moyen d'une opposition faite suivant une certaine forme (*operis novi nuntiatio*) [46] contraindre le constructeur soit à suspendre son travail jusqu'après le jugement rendu, soit du moins à donner caution [47]. Si ce dernier ne s'arrêtait pas devant la *novi operis nuntiatio*, il s'exposait à l'interdit restitutoire [48]; mais à son tour, après

quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, cum experiendi potestas est, restituas. Ibid., l. 1, § 1-8.— l. 7, § 5, *ibid.*

[44] L. 1, *pr.*, D., *de op. nov. nunt.*, XXXIX, 1. Hoc edicto promittitur ut sive jure, sive injuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi jus is, qui nuntiasset, non haberet. *Ibid.*, l. 1, § 1, 11-14.— l. 3, *pr.*, l. 5, § 10.

[45] L. 1, § 16, 17; l. 3, § 4; l. 4, 5, § 9; D., *de op. nov. nunt.*, XXXIX, 1.

[46] L. 1, § 2, D., *de o. n. n.* XXXIX, 1. Nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam prætoris aditionem; potest etiam nuntiare quis, etsi eum non adierit. § 4. Item nuntiatio omnibus diebus fieri potest. § 5. Et adversus absentes etiam, et invitos et ignorantes operis novi nuntiatio procedit. L. 5, § 2. Nuntiationem autem in re præsenti faciendam meminisse oportebit, id est eo loco, ubi opus fiat, sive quis ædificet, sive inchoet ædificare. *Ibid.*, § 3, 4, 7.

[47] L. 1, *pr.* (*sup.*, n. 44). l. 5, § 17, D., *de o. n. n.*, XXXIX, 1. Si is, cui renuntiatum erit, ex operis novi nuntiatione satisdederit, repromiserit ve, aut per eum non fiet, quominus boni viri arbitratu satisdet, repromittatve, perinde est ac si operis novi nuntiatio omissa esset. Habet autem hoc remedium utilitatem, nam remittit vexationem ad prætorem veniendi, et desiderandi ut missa fieret nuntiatio. — l. 8, § 4, 5. l. 20, § 5. l. 21, *pr.*, § 1 (*inf.*, n. 48).

[48] L. 20, *pr.* Prætor ait : *Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset ut remitti deberet, factum est, id restituas.* § 1. Interdictum hoc proponitur ex hujusmodi causis : edicto expressum est ne post operis novi nuntiationem quidquam operis fiat, antequam vel nuntiatio missa fiat, vel vice nuntiationis missæ satisdatio de opere restituendo fuerit interposita. Qui igitur facit, et si jus faciendi habuit, tamen contra interdictum prætoris facere videtur, et ideo hoc destruere cogitur. l. 21, § 1. Si quis autem vult post opus novum nuntiatum impune ædificare, offerre debet satis nuntiatori. Quod si fecerit, utrique consultum est, tam ei, qui nuntiavit, quoniam cautum habet de opere restituendo, quam ei, cui nuntiatum est, quia molitio ejus non impedi-

la caution donnée, il avait un interdit prohibitoire contre le dénonciateur qui, au mépris de cette garantie, voulait entraver les travaux [49]. Contre une œuvre menaçant ruine le voisin pouvait, même après la loi *Æbutia*, procéder par *legis actio* [50]. D'après l'édit, il pouvait demander une garantie, *damni infecti cautio*, qui, suivant les circonstances, consistait, tantôt en une caution et tantôt en une simple stipulation [51]. Au refus de donner caution, le demandeur réclamait l'envoi en possession provisoire [52] de la chose [53], possession défendue, comme toutes les immissions prétoriennes, par un interdit [54]. Si le refus se prolongeait, le demandeur obtenait l'envoi en possession définitive [55] avec droit de propriété pré-

tur; antequam enim caveat, quidquid ædificaverit, interdicto restitutorio destruere compellitur.

[49] L. 20, § 9. Deinde ait prætor : *Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod ejus cautum sit, aut per te stat quominus satisdetur, quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.* § 19. Hoc interdictum prohibitorium est, ne quis prohibeat facere volentem eum, qui satisdedit; etenim pertinet ad decus urbium, ædificia non derelinqui. § 11. Nec quidquam interest, jure quis ædificet, an non jure ædificet, quum sit securus is, qui opus novum nuntiavit, postquam ei cautum est.

[50] Gaius, IV, 31 (*sup.*, c. 2, n. 9).

[51] L. *Rubria Gall. Cisalp.*, c. 20. — l. 7, *pr.*, D., *de dam. inf.*, XXXIX, 2. — l. 1, § 38, D., *de Aqua cotid.*, XLIII, 20.—l. 1, *pr.*, D., *de Cloac.*, XLIII, 23.

[52] Cette possession n'était point une possession juridique, mais une simple garde de la chose. l. 3, § 23, D., *de Possess.*, XLI, 2 (*sup.*, ch. 8, n. 12). — l. 9, *de Rei vind.*, VI, 1. — l. 3, § 8, D., *uti possid.*, XLIII, 17.

[53] L. 7, *pr.*, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2. *Ibid.*, l. 15, § 11. Ex hoc edicto, si non caveatur, mittitur in possessionem a prætore in eam partem quæ ruinosa esse videtur.—l. 1, D., *quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4 (*sup.*, c. 8, n. 10).

[54] L. 1, *pr.*, D., *ne vis fiat.*, XLIII, 4. Ait prætor : *si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo, ejusve cujus ea jurisdictio fuit, in possessione bonorum sit, in eum in factum judicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo. Ibid.*, § 1, 2, 4.

[55] L. 7, *pr.*, D., *de dam. inf.*, XXXIX, 2. *Ibid.*, l. 15, § 21, 22.

8

torienne [56] et capacité pour usucaper [57]. Le droit d'imposer caution appartenait dans l'origine aux magistrats municipaux ; mais la caution non fournie ils n'avaient pas le droit d'accorder l'immission ; ils donnaient seulement une action ordinaire [58]. Plus tard, ils n'eurent pas même le droit d'imposer caution [59], sinon en cas d'urgence [60].

Quand le dommage menacé venait d'un ouvrage d'art changeant le cours naturel des eaux pluviales, il y avait en ce cas, sans doute par un emprunt de la loi des Douze Tables [61], une action spéciale afin de rétablissement des choses dans l'ordre naturel (*actio aquæ pluviæ arcendæ*), si l'on n'aimait mieux donner caution [62]. Dans des provinces qui manquaient d'eau, comme l'Afrique, ce n'était pas l'envoi des eaux, c'était leur détournement qui était considéré comme un dommage [63].

Enfin, une branche de procédure toute spéciale s'occupait des *controversiæ agrariæ;* les agrimensores comptent quinze

[56] L. 15, § 16, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2. Julianus scribit eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a prætore dominus constituatur. *Ibid*, § 17, 33. — l. 7, § 1, D., *de Usuf.*, VII, 1.

[57] L. 5, *pr.*, l. 15, § 16, 26, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 23.

[58] *L. Rubria de Gall. Cisalp.*, c. 20.

[59] L. 4, D., *de Jurisd.* II 1 (*sup.*, ch. 8, n. 8). l. 26, D., *ad municip.*, 4, 1. (*sup.*, c. 7, n. 4).

[60] L. 1, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2. *Ibid.*, l. 4, § 3, 4.

[61] L. 21, *pr.*, D., *de statu lib.*, XL, 7... Sic et verba legis XII Tabularum veteres interpretati sunt, *si aqua pluvia nocet*, id est, si nocere poterit.

[62] L. 1, *pr.*, D., *de aq. et aq. pluv.*, XXXIX, 3. Hæc autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto, hoc est de eo opere ex quo damnum timetur, totiesque locum habet, quoties manu facto opere agro aqua nocitura est, id est, quum quis manu fecerit quo aliter flueret quam natura flueret; si forte immittendo eam aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Quod si natura aqua noceret, ea actione non continetur. *Ibid.*, § 13, 17. l. 6, § 6, 7. l. 14, § 2, 3.—Cic., *Top.*, 9; *Pro Muren.*, 9.

[63] Aggenus, p. 74. In Italia... et quibusdam provinciis, non exigua

sortes de ces controverses [64]. Ce qu'il y avait de commun en toutes, c'est que sur la question technique ce n'était pas le juge qui décidait, mais bien des agrimensores appelés à cet effet, et qui devaient prononcer d'après les règles spéciales de leur art [65]. La première controverse portait sur la position des bornes [66]. Ces bornes existaient dans les *agri limitati*, non-seulement aux limites des centuries, mais aussi dans leur intérieur au point de partage de chaque lot de terre (*termini comportionales*), que ce par-

est injuria si in alienum agrum aquam immittas, in provincia autem Africa si transire non patiaris. SIMPLICIUS, p. 76 (ed Goes).

[64] Trois écrits contenus dans la collection confuse connue sous le nom de *Rei agrariæ Auctores* sont ici d'une importance majeure. Le premier se compose des fragmens du FRONTINUS, *de Controv.* (Goes., p. 39-43); le second morceau est certainement d'HYGINUS, qui vivait sous le règne de Trajan; Hyginus, comme Frontinus, immédiatement après avoir parlé *de conditionibus agrorum* (Goes., p. 205-211), traitait des *genera controversiarum*. Cet écrit a été publié par Blume dans le *Rhein. museum*, VII, 138-172. Le troisième morceau est le commentaire d'AGGENUS URBICUS, qui vivait probablement dans le cinquième siècle; ce commentaire est pris des deux autres. A ce traité d'Aggenus appartient le fragment publié par erreur sous le nom de Simplicius. Nous devrons très-prochainement à M. Giraud d'Aix une édition nouvelle et correcte des principaux *Auctores rei agrariæ*. Ce sera un très-grand service rendu à la jurisprudence, pour laquelle ces fragmens sont d'une importance majeure; ce sera en même temps un travail philologique des plus importans, car les textes donnés par Goesius sont d'une incorrection telle, que la lecture de ces anciens écrits est presque impossible.

[65] De là la distinction de l'*ars mensoria* et du *jus ordinarium*. FRONTIN, *de Controv.*, p. 41, 42, 43. AGGENUS, p. 56, 66, 67. In hac controversia plus potestatis habet jus ordinarium quam ars mensoria.

[66] FRONTIN, p. 49. De positione terminorum controversia est inter duos pluresve vicinos. Inter duos, an in rigore sit ceterorum sive ratione. Inter plures, trifinium faciat, an quadrifinium. De horum opinione cum constitit mensori, [æs inspicit]. Si secundum pristini temporis possessionem non conveniunt, diversas alliguis possessoribus faciunt controversias, sed ab integro, alius forte de loco, alius de fine litigat. AGGENUS, p. 51, p. 77. — l. 8, D., *fin. reg.*, X, 1, § 1. Ad officium de finibus cognoscentis pertinet mensores mittere, et per eos dirimere ipsam finium questionem, ut æquum est, si ita res exigit, oculisque suis subjectis locis.

tage résultât de la division originaire [67] ou de la division héréditaire [68]. Dans les terres qui n'avaient pas été publiquement bornées (*agri occupatorii*, *arcifinales*), ces bornes, placées sans l'intervention de l'autorité publique, servaient, comme toute autre espèce de limites, à indiquer la contenance primitive de la possession [69].

La seconde controverse portait sur le *rigor* [70]. C'est ainsi qu'on nommait le sillon de terre qui courait en droite ligne d'une borne à l'autre, dans les *agri limitati* [71]. Dans les *agri vectigales* des provinces, quand le sol était limité, le *rigor* était ce qu'était le *limes* pour les *agri assignati*, et comportait également une certaine largeur [72].

[67] Hyginus, p. 156. Divus Augustus in assignationibus suis numero limitum inscriptos lapides omnibus centuriarum angulis defigi jussit. *Ibid.*, p. 181-185, 195, 293.

[68] Aggenus, p. 51.

[69] Siculus Flaccus, *de Condit. agror.*, p. 4. Quidam vero possessionum suarum privatim formas fecerunt, quæ nec ipsos vicinis, nec sibi vicinos obligant, quoniam res est voluntaria. Ibi tamen finiuntur terminis, et arboribus notatis et antemissis, et superciliis, et vepribus; et viis et fossis.... Omnia ergo... diligenti cura exquirenda erunt, ut secundum consuetudinem regionum et terminorum fidem constent fines, *ib.*, p. 5, 6.

[70] Frontin, p. 40. Aggenus, p. 52. De rigore atque de fine licet similem (Frontinus) posuerit controversiam, unamque eis esse conditionem firmaverit, tamen credo inter eos aliquid posse differre. Rigor enim naturalis est. Qualiscumque enim rigor intervenit constituentibus limites, rarioribus locis terminos posuerunt, et servari jubetur: *Rigor si inventus fuerit de triginta pedum latitudine, ut ne ab utroque possessore tangatur.*

[71] Frontin, p. 31. Extremitatum genera sunt duo: unum quod per rigores observatur; alterum quod per flexus. Rigor est quidquid inter duo signa, vel in modum lineæ rectum prespicitur, flexus qui secundum locorum naturam curvantur, ut in agris arcifiniis solet. — Sicul. Flac., p. 5, 6, 13. — Aggenus, p. 46. *Hic ager* (assignatus sc) *habet conditiones duas : unam qua ut plerumque limitibus continetur, alteram qua per proximos possessionum rigores assignatus est.* Limes ergo est quodcumque in agro opera manuum factum est ad observationem finium, rigor vero suæ rectitudinis naturalis nomen accipit. Ainsi le *flexus* jouait dans les *agri arcifinii* le rôle du *rigor* dans les *agri limitati.*

[72] Hygin., *de Limit. const.*, p. 198. Frontin, p. 38. Aggenus, p. 46, 47.

La troisième controverse portait sur le *finis* de cinq pieds de large qu'avait établi la loi Mamilia. Cette controverse avait un rapport intime avec la précédente. L'établissement et le rétablissement du *finis* étaient du ressort de l'*agrimensor*[73]. Dans les terres limitées, les bornes indiquaient facilement où était la fin de chaque possession[74]; mais dans les terres non limitées (*sine forma*), sur les flexuosités desquelles on laissait souvent un *finis* comme ceux que prescrivait la loi Mamilia[75], on avait recours aux usages locaux pour régler la forme et l'importance des différentes espèces de bornes employées[76]. Ces usages, par le cours du temps et par suite de la confusion de la limitation primitive, finirent par régir même le sol limité[77]. Nous avons parlé jusqu'à présent des

[73] Frontin, p. 40. Hyginus, *de gen. controv.* (*Rhein. mus.*, p. 158). Aggenus, p. 53. De fine autem lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem præscribit; quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest. Non enim iter quo ad culturas perveniatur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit. — p. 82. De fine subtilior exigitur disputatio, quæ a rigore nullo modo distat nisi de specie.

[74] L. 4, C. Th., *fin. regund.*, II, 26. *Ibid.*, l. 5. Cunctis molitionibus et machinis amputatis, finalibus jurgiis ordinem modumque præscripsimus ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque, qui veteri jure præscripti sunt, sine observatione temporis arbitros jussimus judicare. Quod si loca in controversiam veniant, solemniter de his judices recognoscent, et seu civilis seu criminalis actio competet, tribuetur ita ut causa cognita et redhibitioni obnoxius decernatur, nec pœnam convictus aufugiat.

[75] Frontin, p. 40. Sed et de fine est quicquid pertinet ad flexus quibus arcifinii agri continentur, ut per extrema promontoria, aut summa montium, aut fluminum cursus aut locorum naturam quam supercilium appellant. — Siculus Flaccus, p. 8. — Aggenus, p. 79.

[76] Siculus Flaccus, p. 3-13. Frontin, p. 38. Aggenus, in Frontin., p. 45, 48. Hyginus, *de gener. controv.*, (*Rhein. mus.*, p. 153-163). Aggenus, *de Controv.*, 53, 78, 79, 87, 89, 308.

[77] Siculus Flaccus, p. :3. Omnia autem finitionum genera quæ in occupatoriis agris videntur inveniri posse, in quæstoriis et divisis et assignatis agris frequenter inveniuntur, quoniam emendo vendendoque aut cambiendo mutandoque similia finitionum genera inveniri possunt.

signes qui indiquaient la limite de deux champs séparés par un intervalle sans culture; mais il va de soi qu'il y avait aussi des bornes pour indiquer le point où deux champs, sans intervalle séparatif, confinaient l'un à l'autre. Dans toutes ces difficultés de bornage, les agrimensores n'étaient point juges, mais seulement experts destinés à assister [78] les trois *arbitri* voulus par la loi des Douze Tables ou l'arbitre unique établi par la loi Mamilia pour juger les procès de bornage [79].

La quatrième controverse sur le *locus*, c'est-à-dire sur l'intervalle séparatif excédant la largeur de cinq pieds du *finis*, n'était du ressort des agrimensores qu'en tant qu'il s'agissait d'une question de bornage, et que la propriété n'était pas en jeu [80]. La cinquième controverse, portant sur le *modus*, avait pour but de déterminer la contenance primitive du lot dans les terres assignées, mais en tenant compte toutefois des changemens survenus. Dans les terres non limitées, la controverse portait sur la détermination de la contenance énoncée au contrat [81]. Dans la sixième

Idem., p. 14, 15. Hygin., *de Limit.*, p. 60.—*de Condit. agr.*, p. 205. Aggenus, p. 54. l. 11, D., *fin. reg.*, X, 1. In finalibus quæstionibus vetera monumenta, census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est, modo si non varietate successionum et arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur. l. 2, C., *fin. reg.*, III, 39.

[78] Aggenus, p. 79.— l. 8, § 1, D., *fin. reg.*, X, 1 (*sup.*, n. 66).

[79] Cic., *de Leg.*, I, 21.— l. 3, C. Th., *fin. reg.*, II, 26. Si finalis controversia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum de quo agitur apud præsidem esse constiterit; cum de majore spatio causa quædam, non finalis, sed proprietatis apud ipsum præsidem debeat terminari.

[80] Frontin, p. 40. De loco controversia est, quicquid excedit supra scriptam latitudinem (V. pedum) cujus modus apparenter non proponitur. Hæc autem controversia frequenter in arcifiniis agris variorum signorum demonstrationibus exerceտur, ut fossis, fluminibus, arboribus antemissis, aut culturæ discrimine.—Hygin., *de gener. controv.* (*Rhein. mus.*, VII, p. 163-166.) — Aggenus, p. 53, 54, 79, 80. — l. 3, 5, C Th., *fin. reg.*, II, 26.

[81] Frontin, p. 40, De modo controversia est in agro assignato; agi-

controverse qui avait pour objet la propriété, la seule question dont les agrimensores eussent à s'occuper, c'était de déterminer au besoin l'étendue des terres labourables, prés ou pâtures, qui avaient été assignées [82]. La septième controverse, qui concernait la possession, ne les regardait pas [83]. Dans la huitième controverse relative à l'alluvion, il s'agissait d'empêcher que le fleuve, en enlevant ou en rapportant des terres, ne changeât la contenance primitive des terres limitées, qui ne recevaient point l'alluvion quand le fleuve ne faisait pas partie de la concession [84]. Dans la neuvième controverse concernant le *territorium*, les agrimensores avaient à maintenir dans son intégrité le territoire appartenant à un municipe ou à une colonie [85]. Dans la dixième controverse,

tur enim de antiquorum nominum propria defensione. Ut si L. Titius dextra decumanum tertium, citra cardinem quartum acceperit sortis suæ partes tres, sive quid huic simile, quartam habeat in quacumque proxima centuria. Huic enim universitati limes finem non facit, etiam si publico itineri serviat. Nam in cæteris agris de modo fit controversia, quoties promissioni modus non quadrat. — HYGIN., *de Controv. agr.* — AGGENUS, p. 54, 80-82.—l. 7, D., *fin. reg.*, X, 1.

[82] FRONTIN, p. 41. — AGGENUS, p. 55. De... proprietate jus ordinarium solet moveri, atque interventu mensurarum demonstratur, ut sit assignatus ager, p. 66.

[83] FRONTIN, p. 41. — AGGENUS, p. 56. De possessione fit controversia quoties de totius fundi statu per interdictum, hoc est jure ordinario litigatur. Hoc non est disciplinæ nostræ judicium, sed apud præsidem provinciæ agitur, et ex lege restituitur possessio cui patuerit adtinere. In his secundum locum habet disciplina nostra, sicut lex ait : *Nisi de possessionis statu quæstio fuerit terminata, non licet mensori præire ad loca.*

[84] FRONTIN, p. 41. HYGIN., *de gener. controv.* (*Rhein. mus.*, VII, p. 156-158.) AGGENUS, p. 56. De alluvione observatio hæc est, si in occupatoriis agitur agris, quidquid vis aquæ abstulerit, repetitionem nemo habet; quæ res necessitatem ripæ muniendæ injungit, ita tamen ut sine alterius damno quicquam fiat. Si vero in divisa et assignata regione tractabitur, nihil amittit possessor, quoniam formis per centurias certus cuique modus adscriptus est.— *Ibid.*, p. 69-71.

[85] FRONTIN, p. 41. — AGGENUS, p. 57. De jure territorii controversia est, cum quidam privatorum aut pomerium urbis privatis operibus inverecunde vult pervadere, aut cum arare et de locis publicis, hoc est ad

concernant les *subseciva* [86]; dans la onzième, concernant les communaux du peuple romain ou des cités [87]; dans la douzième, qui s'occupait des portions du sol qu'on n'avait pas compris dans l'assignation des terres limitées [88]; enfin dans la treizième, qui s'occupait des *loca sacra et religiosa*, exemptés à ce titre de toute limitation, il s'agissait d'empêcher les usurpations particulières en rétablissant les bornes primitives [89]. La quatorzième controverse, relative au cours des eaux pluviales, n'était du ressort des agrimensores qu'autant qu'il était nécessaire de rétablir le *finis* déplacé par les eaux ; il en était de même pour les cloaques [90]. Enfin la quinzième controverse, relative aux chemins, n'a-

ipsam urbem pertinentibus quidam privatorum usurpare tentaverit. *Ibid.*, p. 71.

[86] FRONTIN, p. 42. De subsecivis controversia est, quoties aliqua pars centuriæ, sive tota, non est assignata et possidetur : aut quidquid de extremitate perticæ (hors du sol limité) possessor proximus aliusve detinebit, quod ad subsecivorum controversiam pertinebit. — AGGENUS, p. 59. *Subseciva* autem dicuntur ea quæ assignari non potuerunt. C'étaient les lisières qui restaient en dehors du tracé régulier qui avait précédé l'assignation. Ces *subseciva* appartenaient à la colonie comme biens communaux. Mais l'usurpation de ces terres était fréquente, ainsi que nous l'apprend AGGENUS, p. 68.

[87] FRONTIN, p. 42. De locis publicis sive populi romani, sive coloniarum municipiorumve controversia est, quoties ea quæ neque assignata, neque vendita fuerunt, aliquis possederit. AGGENUS, p. 59, 60, 72.

[88] FRONTIN, p. 42. De locis relictis et extraclusis controversia est in agris assignatis. Relicta autem loca sunt, quæ sive locorum iniquitate, sive arbitrio conditoris relicta, limites non acceperunt. Hæ sunt juris subsecivorum. Extraclusa loca sunt æque juris subsecivorum, quæ ultra limites et ultra finitimam lineam erunt.— AGGENUS, p. 60, 73.

[89] FRONTIN, p. 42. De locis sacris et religiosis controversiæ plurimæ nascuntur, quæ jure ordinario finiuntur, nisi si de locorum eorum modo agitur, ut lucorum publicorum in montibus, aut ædium, quibus secundum instrumentum fines restituentur.—AGGENUS, p. 61, 73.

[90] FRONTIN, p. 43. De aquæ pluviæ transitu controversia est, in qua si collectus pluvialis aquæ transversum secans finem alterius fundi influit, et disconvenit, ad jus ordinarium pertinebit; quod si per ordinationem finis ipsius agitur, exigit mensoris interventum.—AGGENUS, p. 62.

vait lieu que dans les *agri limitati*, parce que dans ces terres les limites servaient de voie publique [91].

Pour finir ce chapitre, nous nous contenterons de mentionner encore une procédure spéciale : c'est la restitution en entier, remède extraordinaire que donnait le magistrat [92] après information préalable [93] et sans renvoyer devant un judex. La restitution s'accordait en certains cas déterminés par l'édit [94] contre le préjudice [95] causé, soit par un contrat valable dans la rigueur du droit [96], soit par quelque acte judiciaire; elle se donnait jusqu'à l'exécution [97].

Si aqua ex pluvia collecta rivum fecerit, per longinquitatem temporum, et, ut solet videri, ripam ex utraque parte mediam secans erexerit, et hoc intra fines alterius; dumque rivus ille limite includitur, possessor vicini agri calumniose sibi velit fines ad rivum usque defendere, non mediocris exinde controversiæ genus exoritur, sed hoc mensoris est peritia finiendum. *Ibid.*, p. 74. Ejusdem conditionis est controversia de cloacis ducendis et fossis cæcis, quod totum, nisi per finem agatur, ad jus ordinarium pertinet.

[91] FRONTIN, p. 43. De itineribus controversia est, quæ in arcifiniis agris jure ordinario finitur, in assignatis, mensurarum latione. Omnes enim limites secundum legem colonicam itineri publico servire debent. —AGGENUS, 62, 75. In agris centuriatis excipitur limitum latitudo causa itineris.

[92] L. 16, § 5.—l. 17, 18, D., *de Minor.*, IV, 14 (*sup.*, c. 9, n. 38, 39).

[93] L. 3, *de in int. rest.*, D., IV, 1. Omnes in integrum restitutiones, causa cognita, a prætore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit.

[94] L. 1, D., *de in int. rest.*, IV, 1. Utilitas hujus tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam prætor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive ætate, sive absentia inciderunt in captionem. — l. 2, sive per status mutationem aut justum errorem.—l. 1, D., *de Minor.*, IV, 4. l. 1, § 1. D., *ex quib caus. major.*, IV, 6. PAUL, *Sent. recept.*, 17, § 1, 2.

[95] L. 4, *de in integ. rest.*, IV, 1.

[96] L. 16, *pr.*, D., *de Minor.*, IV, 4. In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est. §, 1, 2, *ibid.*

[97] GAIUS, IV, 57 (*sup.*, c. 1, n, 56), 125. Semper peremptoria quidem

CHAPITRE XI.

Des Mesures prises pour diminuer les Procès.

Il y avait plusieurs institutions dont le but était de diminuer les procès, soit directement, soit indirectement. Telle était, par exemple, la prescription de l'action. L'ancien droit ne connaissait point cette prescription, ce fut l'édit qui borna au délai d'un an le droit d'intenter la plupart des actions qu'il accordait [1]. Plus tard, il y eut une prescription contre les actions par lesquelles on réclamait la propriété. Cette mesure était nécessaire pour protéger la longue possession des fonds provinciaux qui n'étaient point susceptibles d'usucapion [2]. Enfin Théodose II établit la prescription de trente ans contre toute espèce d'actions [3]. Une action intentée, mais demeurée en

exceptio nocet; itaque reo, si ea non fuerit usus in integrum restitutio datur servandæ exceptionis gratia : dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quæratur.—l. 7, 64, D., *de Minor.*, IV, 4.—l. 9, *pr.*, l. 18, § 2. Sed et Pescennio Severo contra res judicatas in integrum restitui Divus Severus et Antoninus permiserunt in auditorio suo examinari, § 3, *ibid.*

[1] GAIUS, IV, 110 ...Admonendi sumus, eas quidem actiones quæ ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere prætorem accommodare : eas vero quæ ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare. § 3. Aliquando tamen... imitatur jus legitimum : quales sunt eæ quas bonorum possessoribus cæterisque qui heredis loco sunt [accommodat.] Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, perpetuo datur : et merito, cum pro capitali pœna pecuniaria constituta sit.

[2] L. 9, D., *de div. temp. præsc.*, XLIV, 3. Rescriptis quibusdam Divi Magni Antonini cavetur ut in rebus mobilibus locus sit præscriptioni diutinæ possessionis.

[3] L. *un.*, C.Th. *de Act. cert. temp. fin.*, IV, 14.—*pr.*, Inst., *de perp. et temp. Act.*, IV, 12.

suspens, se prescrivit également par trente ans [4], et depuis l'ordonnance de Justinien par quarante ans comptés du jour de la dernière *cognitio* [5]. Dans l'ancien droit, nous avons vu que le droit d'action était anéanti [6], même quand la procédure avait eu son cours régulier, si le litige n'avait pas été décidé dans un temps voulu ; cette disposition ne se maintint dans le nouveau droit qu'en certains cas donnés [7].

La défense d'acheter des droits litigieux avait également pour but d'empêcher l'augmentation des procès. Un édit d'Auguste déclara cette vente invalide et la punit d'une amende [8] ; Justinien augmenta la peine [9]. On défendait même une aliénation faite avant la fin du procès quand cette aliénation devait aggraver la position du défendeur, et en ce cas, on donnait à ce dernier une action en dommages-intérêts [10].

[4] L. *un.*, C. Th. *de Act. cert. temp. fin.*, IV, 14, § 1. Quæ ergo ante non motæ sunt actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure cœperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem... In eamdem rationem illis procul dubio recasuris quæ post litem contestatam, in judicium actione deducta, habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur.

[5] L. 9, C., *de præsc. trig. ann.*, VII, 39.

[6] Chap. 5, n. 24, 25.

[7] Par ex., l. 8, C., *de dolo*, II, 21.

[8] *Fragm. de jure fisci*, § 8. Gaius, IV, 117 (*sup.*, ch. 4, n. 7). — l. 1, *pr.*, D., *de jure fisci*, XLIX, 14.—l. 1, 2, *de Litig.*, XLIV, 6.

[9] L. 4, C., *de Litig.*, VIII, 37. *Nov.* 112, c. 1.

[10] L. 1, D., *de alien. jud. mut. caus.*, IV, 7. Omnibus modis proconsul id agit, ne cujus deterior causa fiat ex alieno facto. Et quum intelligeret judiciorum exitum interdum duriorem nobis constitui opposito nobis alio adversario, in eam quoque rem prospexit, ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit alium adversarium nos non habuisse. § 1. Itaque si alterius provinciæ hominem, aut potentiorem nobis opposuerit adversarium tenebitur.—l. 3, § 4. Ex quibus apparet, quod proconsul in integrum restituturum se pollicetur, ut hac actione officio tantum judicis consequatur actor, quantum ejus intersit alium adversarium non habuisse : forte si quas

Une demande exagérée, quand l'action était *certi*, entraînait la perte du procès, et sous le régime des *legis actiones*[11] et dans le système formulaire[12]. Zénon et Justinien remplacèrent cette perte du litige par des peines pécuniaires[13]. Il est fort remarquable que dans l'ancien droit on perdait à demander moins qu'on n'avait droit, ou à agir par une seule action quand on en avait plusieurs à sa disposition ; car si plus tard on demandait le surplus de la dette, ou si au moyen d'une autre action on agissait pendant la même préture, la demande se trouvait paralysée par les exceptions spéciales : *litis dividuæ et litis residuæ*[14]. Ces exceptions ne se sont point maintenues dans le nouveau droit[15].

Enfin il y avait plusieurs dispositions légales, évidemment dirigées contre les procès mal fondés[16]. Il y avait déjà une peine pour le défendeur téméraire dans la perte du *sacramentum*, et plus tard dans la *sponsio* pénale qui avait lieu en certains cas, par exemple, dans les interdits[17], ou

impensas fecerit, aut si quam aliam incommoditatem passus erit, alio adversario substituto.

[11] Cic., *de Orat.*, I, 36. Plaut., Mostell., III, 1. v. 123.

[12] Cic., *pro Rosc. comœd.*, c. 4. Gaius, IV, 53-55, 57-60, 68 (*sup.*, ch. 6, n. 48), § 33. Inst. *de Act.*, IV, 6. Suét., *Claud.*, c. 14.— *Frag. Vat.*, § 53 (*sup.*, ch. 6, n. 48). *Consult. vet. jurisc.*, c. 5.

[13] L. 1, 2, C., *de plus petit.*, III, 10, § 33. Inst., *de Act.*, IV, 6.

[14] Gaius, IV, 56, 122. Dilatoriæ sunt illæ exceptiones, quæ ad tempus nocent; velut illius pactus conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquiennium peteretur : finito enim eo tempore non habet locum exceptio. Cui similis exceptio est litis dividuæ et rei residuæ : nam si quis partem rei petierit, et intra ejusdem præturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quæ appellatur litis dividuæ. Item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios judices agantur, si intra ejusdem præturam de his, quæ ita distulerit, agat, per hanc exceptionem quæ appellatur rei residuæ removetur.

[15] § 34, Inst., *de Act.*, IV, 6.

[16] *Pr.*, Inst., *de pœna temere litig.*, IV, 16.

[17] Gaius, IV, 141 (*sup.*, ch. 10, n. 4), 162-167 (*sup.*, ch. 10, n. 6),

dans les actions *certi* et *constitutæ pecuniæ* [18]. En d'autres actions, le déni entraînait après soi peine du double (*inficiando lis crescit*) [19]. Cette peine, pour quelques-unes au moins de ces actions, s'est maintenue dans le nouveau droit [20]. Quand il n'y avait lieu ni à la sponsio ni à la peine du double (*quum statim ab initio non pluris quam simpli sit actio*), le demandeur avait droit d'exiger du défendeur le *juramentum calumniæ* [21]. Justinien fit de ce serment le préliminaire indispensable de tout procès [22]. Enfin, et moins pour couper court aux procès que pour punir la mauvaise foi [23],

[18] Gaius, IV, 13 (*sup.*, c. 11, n. 3), 171. Cic., *pro Rosc. comœd.*, 4, 5.

[19] Gaius, IV, 9 (*sup.* c. 8, n. 13), 171. Paul, I, 19, § 1. Quædam actiones si a reo inficientur, duplantur, velut judicati, depensi, legati per damnationem relicti, damni injuria legis Aquiliæ; item de modo agri cum a venditore emptor deceptus est, § 2. Ex his causis quæ inficiatione duplantur, pacto decidi non potest. Cic., *pro Flacco*, c. 1.

[20] § 1. Inst., *de pœna temere litig.*, IV,16, § 26. Inst., *de Act.*, IV, 6, § 7. Inst., *de obl. quasi ex contr.*, III, 27.

[21] Gaius, IV, 172. [Quod si neque] sponsionis [neque forte] dupli... periculum ei, cum quo agitur conjungatur, ac ne statim ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit prætor jusjurandum exigere non calumniæ causa se infitias ire : unde quamvis heredes vel qui heredum loco habentur, dupli non amplius obligati sunt, item feminis pupillisque [remitti solet pœna] sponsionis; jubet tamen eos jurare. —l. 44, § 4, D., *Famil. hercisc.*, X, 2. Qui familiæ erciscundæ, et communi dividundo, et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei; et ideo jurare debent non calumniæ causa litem intendere; et non calumniæ causa ad infitias ire.—Cic., *pro Rosc. comœd.*, I, fait allusion à ce serment.

[22] L. 2, *pr.*, C., *de Jurej. propter calumn.*, n. 59.

[23] Cic., *pro Rosc. Amerin.*, 38. ...Mandati constitutum est judicium non minus turpe quam furti, credo propterea quod, quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his, operæ nostræ vicaria fides amicorum supponitur : quam qui lædit, oppugnat omnium commune præsidium, et quantum in ipso est disturbat vitæ societatem.—*Pro Rosc. comœd.*, c. 6, Si qua enim sunt privata judicia summæ existimationis, tria hæc sunt fiduciæ, tutelæ, societatis. Æque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se negotio conjunxit. — *Pro Cæcina*, 2, 3.

il y avait certaines condamnations qui comportaient tache d'infamie [24].

A son tour, la défense était protégée contre d'injustes demandes [25]. Le défendeur pouvait exiger de son adversaire le *juramentum calumniæ*, et si la vexation se pouvait prouver, il avait droit de demander par le *judicium calumniæ* des dommages-intérêts du dixième du litige dans les actions ordinaires, et du quart dans les interdits [26]. Ce *judicium* tomba en désuétude, mais le *juramentum*, devenu d'usage général en certaines demandes [27], finit par être, sous Justinien, une obli-

[24] GAIUS, IV, 182. Quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, item [pro socio, tutelæ, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum [raptorum aut injuriarum non solum] damnati notantur ignominia, sed et[iam pacti]; ita enim in edicto] scriptum est et recte... § 2. Inst., *de pœna temere litig.*, IV, 16. — l. 1, *pr.*, D., *de his qui not.*, III, 2,

[25] GAIUS, IV, 174. Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniæ judicio, modo contrario, modo jurejurando, modo restipulatione.

[26] GAIUS, IV, 175. Et quidem calumniæ judicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimæ partis [causæ]; adversus interdicta vero, quartæ partis causæ. 176. Liberum est illi cum quo agitur, aut calumniæ judicium, opponere aut jusjurandum exigere, non calumniæ causa agere. 177. Contrarium autem judicium ex certis causis constituitur, velut si injuriarum agatur; et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse; et si quis eo nomine agat quod dicat se a prætore in possessione missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus injuriarum quidem actionem decimæ partis datur : adversus vero duas istas quintæ. 178. Severior autem coercitio est per contrarium judicium, nam calumniæ judicio decimæ partis nemo damnatur, nisi qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero judicio omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere. 179. Utique autem ex quibus causis contrario judicio agere potest, etiam calumniæ judicium locum habet : sed alterutro tantum judicio agere permittitur. Qua ratione si jusjurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniæ judicium non datur, ita et contrarium non dari debet.— *Cons. vet. jur.*, c. 6.

[27] Par ex., l. 6, § 2; l. 9, § 3, *de edendo*. D., II, 13; l. 5, § 14, D., *de*

gation légale en toute espèce d'actions [28]. Au lieu de ce *judicium*, il y avait dans l'ancien droit pour quelques actions, même sans preuve de l'intention de vexation, un *judicium contrarium* afin d'obtenir le dixième ou le quart comme dommages-intérêts ; mais ce *judicium* n'était plus admissible dès qu'on avait exigé du demandeur et que ce dernier avait prêté le serment de calomnie [29]. Enfin, dans tous les cas où il y avait *sponsio* pénale on pouvait agir contre le demandeur en vertu de la *restipulatio* [30].

Une des peines du plaideur téméraire était encore l'obligation de payer à l'adversaire les frais du procès [31]. Ces frais étaient toujours à la charge de la partie qui perdait son procès, à moins de preuve évidente de sa bonne foi [32], et le juge pouvait en outre, suivant les circonstances, imposer une amende fiscale d'un dixième en sus [33]. Il n'était point d'abord nécessaire que la condamnation aux frais fût exprimée [34]. Plus tard on imposa aux juges cette obligation à peine

op. nov. nunc., XXXIX, 1, l. 13, § 3. D, *de damn. inf.*, XXXIX, 2.

[28] L. 2, Inst., *de pœna tem. litig.*, IV, 16.—l. 2, *pr.*, C., *de Jurej. propt. calum.*, II, 59.

[29] GAIUS, IV, 177-179.

[30] GAIUS, IV, 13 (*sup.*, ch. 11, n. 3), 180. Restipulationis quoque pœna ex certis causis fieri solet : et quemadmodum contrario judicio omnimodo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere : ita enim restipulationis pœna omnimodo damnatur actor, 181. [Sane] si ab actore ea restipulationis pœna petatur, ei neque calumniæ judicium opponitur, neque jurisjurandi religio conjungitur : nam contrarium judicium in his causis locum non habere palam est.

[31] L. 79, *pr.*, D., *de Judic.*, V, 1. Eum quem temere adversarium suum in judicium vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportebit—§ 1. Inst., *de pœna temer. litig.*, IV, 16.

[32] L. 1, C. Th., *de fruct. et lit. exp.*, IV, 18 (*inf.*, n. 34, — l. 5, C., *de fruct. et lit. exp.*, VII, 51.—l. 13, § 6, C., *de Judic.*, III, 1.

[33] L. 5, C., *de fruct. et lit. exp*, VII, 51.

[34] L. 1, C. Th., *de fruct. et lit. exp.*, IV, 18. Addimus etiam ut impensas sumptusque litis, re ad finem deducta petitoribus præstent. Ac ne ipsos quidem petitores, qui inanes lites et jurgia non movenda ingerunt possidentibus, ab ipsius cautionis merito segregamus; jubemus enim, ut, si intentio petitoris improba judicetur, præstet possessori sumptus,

de payer les frais du litige[35]. Pour éviter des demandes exorbitantes, le juge déférait le serment sur le chiffre des frais qu'il déterminait à l'avance[36]. Les sportules en faisaient naturellement partie; mais comme les sportules, et notamment ces sportules proportionnelles au chiffre du litige qu'avait à payer le défendeur lors de la citation, pouvaient, entre les mains d'un demandeur qui exagérait l'objet de sa demande, devenir un odieux moyen de chicane, Justinien condamna le demandeur à rembourser au triple ces frais exagérés[37], et en outre l'empereur voulut que le demandeur donnât caution d'effectuer la litiscontestation dans les deux mois, sous peine de payer au double les frais déjà faits[38]. Suivant une autre constitution du même prince, pour garantir la poursuite de l'instance et le paiement des frais, il fallut fournir caution pour une somme égale au dixième du litige[39].

præstet impensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit, etiam si super hac re expressior cesset sententia judicantis (369).

[35] L. 3, 5, C., *de fruct. et lit. exp.*, IV, 18.—l. 13, § 6, C., *de Judic.*, III, 1. Sive autem alterutra parte absente, sive utraque præsente lis fuerit decisa, omnes judices qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium juraverit : non ignorantes quod si hoc prætermiserint, ipsi de proprio hujus modi pœnæ subjacebunt, et reddere eam parti læsæ coartabuntur.

[36] L. 13, § 6, C., *de Judic.*, III, 1 (*sup.*, n. 35). *Nov.* 82, c. 10... Si jusjurandum intulerit de expensis judex victori, scilicet cum quantitate quæ visa erit ei recte se habere (quam *taxationem* vocant leges) deinde ille juraverit; non habere licentiam judicem minus quam juratum est condemnare, neque videri clementiorem legi quæ hæc disponit; si tamen perspexerit neutrum sumptuum subdere rationi, et propter negotii forte varietatem, hoc ipsum decernat sua sententia.

[37] § 24. Inst., *de Act.*, IV, 6.—Théophile, IV, 6, § 24.

[38] *Nov.* 36, præf., c. 1.

[39] *Nov.* 112, c. 2.

CHAPITRE XII.

Des *Procuratores* et des *Advocati*.

Au temps des *legis actiones*, il n'était pas permis à un citoyen d'agir en justice pour autrui [1]; dans la procédure formulaire, cette représentation devint possible quand le demandeur, par des paroles solennelles, prononcées *in jure*, en présence de son adversaire, désigna la personne qui devait le remplacer. Ce représentant, ainsi constitué, se nommait *cognitor* [2]. Il figurait dans la litiscontestation comme demandeur,

[1] GAIUS, IV, 82. [Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno] : alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio; cum olim quamdiu solæ legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, [nisi] pro populo et [libertatis causa]. — Le *Pr.*, Inst., *de iis per quos agere*, IV, 10, joint à ces deux causes privilégiées le *pro tutela;* on ne sait pas au juste quelle était cette exception.

[2] GAIUS, IV, 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur : nam actor ita cognitorem dat : *Quod ego a te*, verbi gratia, *fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do;* adversarius autem ita : *Quando tu a me fundum petis, in eam rem Publium Mævium cognitorem do.* Potest ut actor ita dicat : *Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do;* adversarius ita : *Quando tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do.* Nec interest, præsens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit cognitor, ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris. — *Interpret.* ad l. 7, C. Th., *de Cognit.*, II, 12. Procurator est, cui per mandatum causa committitur. Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam præsens præsente judice litigator injungit.—*Fragm. Vat.*, § 318, 319. FESTUS. *Cognitor* est qui litem alterius suscipit coram eo cui datus est; procurator autem absentis nomine auctor.—ASCON. *in Divin.*, 4. Qui defendit alterum in judicio aut patronus dicitur si orator est, aut advocatus, si aut jus suggerit, aut præsentiam suam commodat amico; aut procurator, si absentis

mais pour la chose d'autrui[3]. L'*intentio* était prise de la personne du demandeur véritable, du *dominus litis*, et dans la *condemnatio* seule figurait la personne du *cognitor*[4]; mais une fois le jugement rendu, on sortait de la fiction, et le *judicatum* avait des effets directs pour et contre le *dominus litis*, car le *cognitor* n'était que son représentant[5].

Plus tard on admit comme représentans légitimes les tuteurs, les curateurs, le *procurator*, nommés sans les formes solennelles qui présidaient au choix du *cognitor*[6], et même,

negotium suscipit, aut cognitor si præsentis causam novit, et sic tuetur ut suam. Ergo cognitorem dixit (Tullius) modo familiarissimum defensorem.

[3] Cic., *pro Rosc. comœd.*, c. 18. Quid interest inter eum qui per se litigat et qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur sibi soli petit : alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus.

[4] Gaius, IV, 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit; nam si verbi gratia Lucius Titius pro Publio Mævio agat, ita formula concipitur : *Si paret Numerium Negidium Publio Mævio sestertium* X *millia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium* X *millia condemna, si non paret absolve.* In rem quoque si agat, intendit Publii Mævii rem esse ex jure Quiritium, et condemnationem in suam personam convertit.

[5] Gaius, IV, 96. Ipse autem qui in rem agit, si suo nomine agit, satis non dat. 97. Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso vel a domino desideratur; cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. 98. Procurator vero si agat, satisdare jubetur ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur : quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuit : quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit. *Frag. Vat.*, § 317.—Paul., *Sent*, I, 2, § 4. (Tit. *de Cognitoribus.*) Actio judicati non solum in dominum aut domino, sed etiam heredi et in heredem datur.—l. 7, C. Th., *de Cognit.*, II, 12.

[6] Gaius, IV, 82 (*sup.*, n. 1), 83 (*sup.*, n. 2), 84. Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur : sed ex solo mandato, et absente, et ignorante adversario constituitur. Quin etiam sunt qui putant, adeo eum procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium, et caveat ratam rem dominum habiturum, igitur

suivant l'opinion de quelques-uns, le simple *negotiorum gestor*[7]. Cette opinion néanmoins ne fit jamais règle[8]. Ces *negotiorum gestores* n'étaient du reste admis qu'en certains cas privilégiés[9]. Quand un *procurator* figurait au litige, la formule était rédigée comme si c'était un *cognitor* qui fût chargé du procès[10]; mais comme pour assurer la qualité de ce représentant on n'avait pas l'aveu formel du *dominus*, le procureur, dans la rigueur du droit, agissait à ses risques et périls; et tandis que le *cognitor* était considéré pendant toute la durée du litige comme le simple représentant du demandeur, qu'il était toujours *domini loco*, comme parle Gaius, le procureur au contraire devenait par la litiscontestation véritable maître du litige, *dominus litis*[11], et le *judicatum* engendrait *actio* et *exceptio* pour ou contre lui, et non plus pour ou contre le demandeur originaire[12]. Cette rigueur for-

et si non habeat mandatum agere tamen posse, quia sæpe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur.—PAUL, I, 3, § 1. Mandari potest procuratio præsenti et nudis verbis, et per literas, et per nuncium, et apud acta præsidis et magistratus. (Ascon.) *in Divin.*, 4 (*sup.*, n. 2.). *Frag. Vat.*, § 335.

[7] GAIUS, IV, 84 (*sup.*, n. 6).

[8] L. 6, § 12, D., *de Neg. gest.*, III, 5. — l. 5, § 4, D., *Præsc. verbis*, XIX, 5.

[9] L. 35, *pr.*, D., *de Proc.*, III, 3. Sed et hæ personæ procuratorum debebunt defendere, quibus sine mandatu agere licet : ut puta liberi licet sint in potestate : item parentes, et fratres, et affines et liberti. — l. 40, § 4, *ibid.* l. 41. Feminas pro parentibus agere interdum permittetur, causa cognita, si forte parentes morbus aut ætas impediat, nec quemquam qui agat, habeant. — l. 8, *pr.*, *de Neg. gest.*, D., III, 5. *Ib.*, l. 31, § 6.

[10] GAIUS, IV, 86 (*sup.*, n. 4). THÉOPHILE, IV, 10, § 2.

[11] GAIUS, IV, 97 (*sup.*, n 5).—l. 11, *pr.*, D., *de Doli exc.*, XLIV, 4....Litis contestatione res procuratoris fit. — l. 4, § 5, D., *de App.*, XLIX, 1. Si procurator qui judicio interfuit victus sit, an ipse quoque per procuratorem appellare possit, videamus, quia constat procuratorem alium procuratorem facere non posse. Sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur; et ideo et per procuratorem appellare potest. — l. 22, 23, C., *de Procur.*, II, 13.

[12] *Fragm. Vat.*, § 317. Ad defendendum cognitore constituto, dominus non cognitor, actori satisdare cogendus est : cum vero procurator

maliste s'adoucit par degrés. D'abord on admit les tuteurs et les curateurs à poursuivre en justice les droits afférens à leur pupille [13], et dans ce cas, le *judicatum* profita ou nuisit directement au mineur [14]. Plus tard on assimila au *cognitor* le procurateur nommé *apud acta : nam*, disent les FRAGMENTA VATICANA, *cum apud acta non nisi a presente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est* [15]. Enfin, et pour le procureur [16], et même pour le simple *negotio-*

defensurus intervenit, non dominus, sed procurator judicatum solvi satisdare compellitur : quæ satisdatio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiam si apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit : cognitore enim interveniente judicati actio domino vel in dominum datur; ....interveniente procuratore judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit. 332. Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat; et ideo nec judicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur, aut procuratori qui vicit denegatur.

[13] L. 22, D., *de Adm. et peric. tut.*, XXVI, 7. Tutor ad utilitatem pupilli et novare, et rem in judicium deducere potest. Donationes autem ab eo factæ pupillo non nocent. — l. 17, § 2, D., *de Jurej.*, XII, 2.

[14] L. 2, *pr.*, D., *de Adm. et peric. tut.*, XXVI, 7. Si tutor condemnavit, sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potius actio judicati datur; et maxime si non se liti obtulit, sed quum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum judicium; et hoc etiam Divus Pius rescripsit. Et exinde multis rescriptis declaratum est, in pupillum dandam actionem judicati semper tutore condemnato, nisi abstineatur; tunc enim nec in tutorem, nec in pupillum, nec pignora tutoris capienda esse sæpe rescriptum est. — l. 6, D., *quando ex facto*, XXVI, 9. — l. 11, § 7, D., *de Exc. rei jud.*, XLIV, 2. — l. 1, C., *quando ex facto*, V, 39.

[15] *Frag. Vat.*, § 317 (*sup.*, n. 12), 331. Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino, causa cognita dabitur et in eum judicati actio, 332.— l. 7, C. Th., *de Cognit.*, II, 12.

[16] L. 11, § 7, D., *de Exc. rei jud.*, XLIV, 2. Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei judicatæ hæ personæ continerentur, quæ rem in judicium deducunt : inter hos erunt procurator cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit. — l. 28, D., *de Proc.*, III, 3. — l. 6, § 3, D., *quod. cujusc. univ.*, III, 4.— l. 86, D., *de Solut.*, XLVI, 3. Hoc jure uti-

rum gestor qui faisait ratifier après coup sa gestion [17], on décida que ces représentans avaient mission de suivre l'instance (*rem in judicium deducere*) pour le compte d'autrui, et l'*actio judicati* fut attribuée non plus au représentant, mais au représenté. Cette modification acceptée, on cessa d'établir des *cognitores*, dont la nomination était astreinte à certaines formes [18], et dans les Pandectes on a interpolé les passages des anciens jurisconsultes pour remplacer leur nom par celui de *procuratores*. En même temps on fit disparaître tous les passages où l'on rappelait la distinction que la loi établissait entre le *procurator* d'un absent et le *procurator* d'une persone présente [19].

Quand c'était un *cognitor* qui intentait l'action, son caractère le dispensait de donner caution pour la ratification de son mandat; tous les autres représentans devaient donner cette caution *de rato;* car dans la rigueur du droit, le *dominus litis* pouvait agir de nouveau, comme n'ayant point été partie dans l'instance [20]. C'était une règle générale, en ce point, que *nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur.* Quand on modifia la dureté des anciens usages on dispensa les tuteurs de cette formalité [21] ; les procureurs constitués *apud acta* par le *dominus litis* jouirent du même privilége [22]. Dans

mur ut litis procuratori non recte solvatur; nam et absurdum est, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse ; si tamen ad hoc datus sit ut et solvi possit, solvendo ei liberabitur.

[17] L. 56, D., *de Judic.*, V, 1. Licet verum procuratorem in judicio rem deducere verissimum est, tamen, et si quis, quum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta. — l. 27, *pr.*, *de Proc.*, III, 3. — l. 66, *ibid.*— l. 25, § 2, D., *de Exc. rei jud.*, XLIV, 2.—l. 21, C., *quib. res jud.*, VII, 56.

[18] *Tit.* Inst., *de iis per quos agere*, IV, 10.

[19] Comparez, par exemple, les § 228, 332 des *Fragm. Vatic.* avec la loi 67, D., *de Procur.*, III, 3.

[20] Gaius, IV, 97-98 (*sup.*, n. 5.) *Pr.*, Inst., *de Satisd.*, IV, 11.

[21] Gaius, IV, 99. — l. 23, D., *de Adm. et per.*, XXVI, 7. Vulgo observatur ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in judicium deducit. — Théoph., IV, 11, *pr.*, — l. 1, C., *de Procur.*, II, 13.

[22] *Fragm. Vat.*, § 317 (*sup.*, n. 12), 333. Absentis procuratorem satisdare debere de rato habendo recte responsum est : multis enim casibus,

le droit Justinien, il n'y a plus que le procureur d'une personne qui ne comparaît pas, ou le *negotiorum gestor* agissant sans mandat, à qui soit imposée l'obligation de donner caution *ratam rem dominum habiturum* [23].

Il en fut de la défense comme de la demande; on admit d'abord la représentation par *cognitor*, puis on reçut plus tard les autres représentans dont nous venons de parler [24]. On admit même, dans l'intérêt public, un défenseur se présentant sans mandat pour un intimé absent [25]. La formule fut modifiée dans ce sens de la représentation, et l'*intentio* restant prise de la personne du défendeur, la *condemnatio* porta sur la personne du mandataire [26]. L'*actio judicati* n'eut d'abord d'effet direct contre le défendeur qu'autant qu'un *cognitor* l'avait représenté [27]. Plus tard, il en fut de même quand ce fut un procureur [28] ou un tuteur [29] qui se

ignorantibus nobis, mandatum solvi potest vel morte vel revocato mandato. Cum autem certum est mandatum perseverare, id est, cum præsens est dominus, satisdationis necessitas cessat.

[23] § 3, Inst., *de Satisd.*, IV, 11.

[24] Gaius, IV, 82-84 (*sup.*, n. 1, 2, 6.)

[25] L. 33, § 2, D., *de Proc.*, III, 9. Publice utile est absentes a quibuscumque defendi; nam et in capitalibus judiciis defensio datur. Ubicumque itaque absens quis damnari potest, ibi quemvis verba pro eo facientem et innocentiam excusantem audiri æquum est, et ordinarium admittere; quod et ex rescripto Imperatoris nostri apparet. — l., 1, D., *de Neg. gest.*, III, 5.

[26] Gaius, IV, 87. Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur *dominum dare oportere;* condemnatio autem in ejus personam convertitur qui judicium accepit; sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis judicio interveniat; tantum enim intenditur *rem actoris esse.* — Théoph., IV, 10, § 2. — l. 1, C., *de Sent.*, VII, 45. Non videtur nobis rationem habere sententia decessoris tui, qui cum cognovisset inter petitorem et procuratorem, non procuratorem sed ipsum dominum litis condemnavit, cujus persona in judicio non fuit. Potes igitur ut de re integra de causa cognoscere.

[27] *Frag. Vat.*, § 317-332 (*sup.*, n. 12). — Paul, *Sent.*, I, 2, § 4.

[28] L. 4, *pr.*. D., *de Re jud.*, XLII, 1.—l. 28, D., *de Proc.*, III, 3. *Ibid.* l. 31, 40, § 2, 61.

[29] L. 1, § 2, *pr.*, D., *de Adm. et per.*, XXVI, 7. — l. 7, D., *quand. ex*

chargea de la défense. Alors même qu'un défenseur sans mandat s'était présenté devant le juge, le défendeur profitait de l'*exceptio*, car le droit du demandeur était consommé, *quia adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit* [30]. Mais le *judicatum* ne donnait point d'action contre le défendeur absent, car il n'était point partie au litige. *Sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec judicati mecum agi potest* [31].

Du reste, toutes les fois qu'on se défendait par autrui, il fallait donner caution *judicatum solvi*; c'était le *dominus litis* qui fournissait caution quand son représentant était un *cognitor;* dans le cas contraire, c'était le mandataire lui-même qui donnait cette garantie [32]. Dans le dernier état du droit, où le point qui nous occupe est à peu près le seul où l'on exige encore cette caution [33], la loi distingue. Quand c'est le *dominus litis* qui vient en justice constituer un procureur, c'est lui aussi qui donne caution ; mais s'il ne comparaît pas, c'est à celui qui prend le rôle de défenseur de fournir cette sûreté [34]. En certains cas, le représentant doit aussi donner caution *ratam rem dominum habiturum* [35].

fact., XXVI, 9. l. 15, D., *si quis caut.*, II, 11. l. 4, § 1, D., *de Re jud.*, XLII, 1; l. 1, C., *quand. ex fact.*, V, 39.

[30] L. 11, § 7, D., *de Exc. rei jud.*, XLIV, 2 (*sup.*, note 16).

[31] L. 28, D., *de Proc.*, III, 3. — l. 61, *ibid.* Plautius ait procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi aut in rem suam datus esset, aut obtulisset se, quum sciret cautum non esse, omnibus placuit. Idem erit observandum, et si defensoris loco cum satisdatione se liti obtulerit.

[32] Gaius, IV, 101; *Frag. Vat.*, 317.

[33] Chap. 7, n. 42.

[34] § 4, 5, Inst., *de Satisd.*, IV, 11. La l. 10, D., *judic. solvi*, XLVI, 7, a été évidemment interpolée pour la rendre conforme aux nouvelles dispositions de la loi ; dans la première phrase le mot *cognitor* devait remplacer le mot *procurator*. Si ad defendendum procurator (lisez *cognitor*) datus fuerit, satisdare jubetur judicatum solvi stipulatione, quæ non ab ipso procuratore, sed a domino litis interponitur. Quod si procurator aliquem defendat, ipse cogitur satisdare judicatum solvi stipulatione.

[35] L. 6, D., *rat. rem habit.*, XLVI, 8.— l. 39, § 5, 67. l. 40, § 2, D., *de Proc.*, III, 3.

Il y avait certaines personnes à qui l'édit défendait de se faire représenter par un *cognitor*, et certaines autres que le préteur déclarait incapables de cette fonction ; ces dispositions furent appliquées aux *procuratores* [36] ; les infâmes, par exemple, ne pouvaient ni instituer, ni être institués procureurs [37], du moins jusqu'à l'époque où Justinien abolit cette prohibition, *ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur* [38] ; mais par un trait caractéristique de l'époque, Valentinien défendit, comme méséant aux personnes de haute condition, de comparaître en personne devant la justice, et ce, sous peine de perdre leur procès [39].

Au temps de la république on appelait un jurisconsulte pour décider la marche du procès qu'on voulait intenter [40]; Quant aux plaidoiries, on en chargeait quelque orateur (*patronus*), que l'amitié ou l'amour de la gloire décidait à entreprendre cette tâche difficile de la parole [41] ; c'était un service rendu sans espoir de salaire, et la loi Cincia, de l'an 550, avait même sévèrement défendu toute espèce de rémunération en argent pour un service que l'honneur seul et l'estime publique pouvaient dignement payer [42]. Mais quand se perdit la noblesse de ces premiers sentimens, le *patronatus* devint un métier lucratif, et après des efforts

[36] *Frag. Vat.*, 322. Verba autem edicti hæc sunt : *Alieno nomine, item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem, neve dentur, edictum comprehendit.* 323. Quod ait : *Alieno nomine, item per alios*, breviter repetit duo edicta : cognitorium unum, quod pertinet ad eos qui dantur ; ut qui prohibentur vel dare vel dari cognitores, idem et procuratores dare darive arceantur. — Gaius, IV, 124.

[37] Paul, *Sent.*, I, 2, § 1. Omnes infames qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis.— *Frag. Vat.*, 320, 321, 324.

[38] § 11, Inst., *de Except.*, IV, 13.—Théoph., IV, 13, § 11.

[39] L. 25, C., *de Proc.*, II, 13.—*Nov.* 71.

[40] Cic., *pro Murena*, 12; *Topic.*, c. 17 (*sup.*, c. 3, n. 58).

[41] (Ascon.) *in Divin.*, 4 (*sup.*, n. 2). Cic., *pro Quint.*, 8 ; *pro Cluent.*, 40 ; *de Orat.*, III, 33.

[42] Tacite, *Ann.*, XI, 5. Cic. *de Orat.*, II, 71; *de Senect.*, c. 4.

inutiles pour rétablir les anciennes prohibitions, Claude finit par permettre d'accepter des honoraires qui ne pouvaient toutefois, sous peine d'être poursuivi comme concussionnaire, dépasser la somme de dix mille sesterces ou cent *aurei* [43]. A cette époque s'éteignit l'éclat de l'éloquence judiciaire, et les anciens orateurs furent remplacés par des avocats (*causidici, advocati, patroni*) [44]. Les jurisconsultes en renom ne se donnèrent plus à la direction des procédures, et se bornèrent à donner des consultations.

Du reste, la postulation était libre et permise à tous ceux que l'édit ne déclarait pas incapables; cette incapacité frappait principalement les femmes, à cause de leur sexe, et les personnes tachées d'infamie [45]. Le magistrat avait aussi le droit de prononcer l'interdiction des fonctions d'avocat [46]. Dans les derniers temps la profession d'avocat fut organisée sur une base beaucoup plus restreinte : il y eut près de chaque tribunal un nombre limité [47] d'avocats dont on avait d'avance éprouvé la naissance, les études et les connaissances acquises [48]. Ceux qui se trouvaient en dehors du nombre limité, les

[43] Dio Cass., LIV, 18. Tacite, *Ann.*, XI, 6, 7; XIII, 5, 42, et les notes de Burnouf.—Suet., *Nero.*, 17.—Plinius, *Ep.*, V, 4, 14, 21.—Lamprid., *Alex. Sev.*, 44.—l. 1, § 10-13. D., *de Extraord. cogn.*, 413.

[44] Tacite, *de Causis corr. eloq.*, c. 1.—D., *de Postul.*, III, 1.

[45] L. 1, *pr.*, § 1, 3, 6, 7, 8, 11. D., *de Postul.*, III, 1.

[46] L. 6, § 1.—l. 8, D., *de Postul.*, III, 1. l. 9, *pr.*, D., *de Pœnis*, XLVIII, 19. Moris est advocationibus quoque præsides interdicere; et nonnunquam in perpetuum interdicunt, nonnunquam ad tempus, vel annis metiuntur, vel etiam tempore quo provinciam regunt. *Ibid.*, § 1-8.

[47] L. 2, C. Th., *de Postul.*, II, 10.—l. 8, 11 (*inf.* n. 48), 13. C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7.—l. 3, 5, *pr.*, l. 7; *pr.*, C., *de Adv. div. jud.*, II, 8.

[48] L. 11, C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7, § 1. Non aliter vero consortio advocatorum tuæ sedis aliquis societur, nisi prius in examine viri clarissimi rectoris provinciæ ex qua oriundus est, præsentibus cohortalibus, gesta conficiant, quibus aperte pateat cohortali vitæ ac fortunæ eumdem minime subjacere... Jurisperitos etiam eorum doctores jubemus juratos sub gestorum testificatione depromere, *esse eum qui post hac subrogari voluerit, peritia juris instructum. Ibid.*—l. 17, *pr.*

surnuméraires, devaient attendre une vacance [49]. Les avocats inscrits formaient un collége ayant tous les droits d'une corporation [50]. Ils jouissaient de priviléges personnels assez étendus [51], mais étaient soumis à une discipline particulière pour ce qui concernait les devoirs de leur état [52].

La charge d'avocat du fisc, établie par Adrien, avait une relation étroite avec cette organisation. Cette charge, dans le tribunal du préfet de l'Orient, appartenait aux deux plus anciens du collége, et en récompense, après une année d'exercice, ils étaient appelés à un rang plus élevé [53]. Dans les autres tribunaux, un seul avocat était chargé de cette fonction, et ce n'était qu'après deux années d'exercice qu'on l'élevait à un titre de dignité plus élevé [54].

[49] L. 11, § 1, C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7 (*sup.*, n. 48). *Ibid.* l. 13. —*Nov. Theod.* tit. XVI (ed. Ritter).

[50] L. *un.*, C., *de Incert. person.*, VI, 48.

[51] La l. 3, C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7, les exempte des fonctions municipales, la plus lourde oppression du Bas-Empire; la loi 6 au même titre les exempte d'une foule de contributions : Nulla togatis inspectio, nulla peræquatio ingeratur; nulla operis constructio, nulla discussio, nullum ratiocinium imponatur, etc. *Nov. Theod.*, tit. XVI, ed. Ritter.

[52] L. 7, § 2, 3, *de Adv. div. jud.*, II, 8. Trois ans d'absence les faisaient rayer du tableau. — l. 12, C., *de Exc.*, VIII, 36. Si quis advocatus inter exordia litis prætermissam dilatoriam præscriptionem postea voluerit exercere, et ab hujus modi opitulatione submotus, nihilominus perseveret, atque præposteræ defensioni institerit, unius libræ auri condemnatione mulctetur. Voyez encore l. 13, § 9, C., *de Judic.*, III, 1, qui permet au juge de punir l'avocat d'une amende de deux livres d'or, quand le procès est retardé par son fait, et les l. 5, 7, C., *de Postul.*, II, 6, et l. 4, C. Th., *de Postul.*, II, 10.

[53] L 8, 10, C., *de Adv. div. judic.*, II, 7.— l. 4. § 1; C., *de Adv. div. jud.*, II, 8.

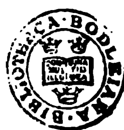
[54] L. 12, 13, 16. C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7.—l. 3, 5, C., *de Adv. div. jud.*, II, 8.

FIN.

TABLE DES CHAPITRES

CONTENUS DANS CE VOLUME.

FIN DE LA TABLE.


BIBLIOTHECA·BODLEIANA

